

erriari ta zabal zazu



Universidad del País Vasco Euskal Herriko Unibertsitatea

NAZIOARTEKO BIKAINASUN CAMPUSA
CAMPUS DE EXCELENCIA INTERNACIONAL

Departamento de Derecho Administrativo, Constitucional y Filosofía del Derecho
Doctorado en Derechos Fundamentales y Poderes Públicos

LA REALIDAD DE LOS CIE EN ESPAÑA: ENTRE LA ILEGALIDAD Y LA AUSENCIA DE DERECHOS

Autor: Jesús Manuel Lora Crovetto

Directora: Dra. M^a Nieves Arrese Iriondo

2017

(c)2017 JESUS MANUEL LORA CROVETTO

A Joseba...

INDICE

INDICE.....	3
INTRODUCCIÓN.....	14
CAPÍTULO I.....	29
I) MARCO TEÓRICO SOBRE MIGRACIONES.....	29
1.1 Alcances conceptuales sobre migraciones.....	29
1.2 Teorías sobre las migraciones.....	32
1.2.1 Ravenstein, el precursor de las teorías de las Migraciones	33
1.2.2 Las Teorías neoclásica y la de los factores Push –Pull.....	34
1.2.3 Las Teorías de perspectiva histórico-estructural	38
1.2.4 Teorías de las redes migratorias e institucionales	44
1.2.5 La teoría de la causación acumulativa.....	47
1.3 Antecedentes históricos del estudio de las migraciones en España.....	50
1.4 Redes Migratorias.....	52
1.4.1 Características de las redes migratorias.....	59
1.4.2 Tipos de Redes Migratorias.....	62
II) LA EXTRANJERIA EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	67
2.1 Normativa Comunitaria- La Directiva de Retorno 115/2008/CE.....	67
2.1.1 Contenido esencial.....	68
2.1.2 Aspectos controvertidos.	73
a) Expulsión e internamiento de menores no acompañados.....	73
b) Solicitantes de asilo	76
c) Internamiento en Centros Especializados de detención	77
2.2 Normativa española en materia de extranjería	84

2.2.1 Algunos alcances acerca de las competencias en materia de extranjería	84
2.2.2 Primeras normas en materia de extranjería.....	85
2.2.3 La primera Ley de Extranjería- La Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio	89
2.2.4 La vigente Ley Orgánica 4/2000 - sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social	93
2.2.5 Las sucesivas reformas de la LO 4/2000	96
a) La LO 8/2000 de 22 de diciembre.....	96
a.1) Reglamento de Extranjería aprobado por Real Decreto 864/2001 de 20 de julio	101
b) La LO 11/2003 de 29 de setiembre	101
c) La LO 14/2003 de 20 de noviembre.....	103
c.1) Reglamento de Extranjería aprobado por Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre	105
d) La LO 2/2009 de 11 de diciembre.....	107
d.1) Reglamento de Extranjería aprobado mediante Real Decreto 557/2011 de 20 de abril	109
d.2) El Real Decreto 844/2013 de 31 de octubre.....	113
e) La LO 10/2011 de 27 de julio	114
f) Real Decreto- Ley 16/2012 de 20 de abril	115
g) La LO 4/2013 de 28 de junio.....	116
2.2.6 Normativa sobre los CIE	116
a) Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999, sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros.....	117
b) Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo- Reglamento de funcionamiento y regimen interior de los centros de internamiento para extranjeros.....	122
2.2.7 Normas Conexas en materia de extranjería.....	125

III) BREVE REFERENCIA A LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA.....	131
3.1 Status jurídico de los extranjeros.....	131
3.2 Principales derechos fundamentales de los extranjeros en España	141
a) Derecho a la no discriminación	141
b) Derecho de asociación.....	148
c) Derecho de reunión y manifestación	153
d) Derecho a la tutela judicial efectiva y a la asistencia jurídica gratuita.....	156
e) Derechos de sindicación, de huelga y a las prestaciones de la Seguridad Social derivada de riesgos profesionales	163
f) Derecho a la educación de los menores de edad	167
g) Derecho a la asistencia sanitaria urgente, de atención a las embarazadas y de menores de edad	172
h) Derecho a la protección de datos y a la intimidad personal	177
i) Derecho de transferir ahorros y obligación de tributar.....	181
3.3 Principales derechos de los extranjeros residentes	182
a) Derecho a la libre circulación.....	182
a.1 Derecho a la entrada a España	187
a.2 La libertad de circulación y residencia	189
a.3 Libertad para salir de España.....	192
b) Derecho a la reagrupación familiar y a la intimidad familiar.....	193
c) Derecho a los servicios y prestaciones sociales	198
d) Derecho y deber a la documentación	201
e) Derecho a ser asegurado en el Sistema Nacional de Salud	203
f) Derecho al acceso al sistema público de ayudas en materia de vivienda.....	205

g)	Derecho al Trabajo por cuenta propia o ajena y a la seguridad social	206
h)	Derecho a la participación pública	209
	CAPÍTULO II.....	214
D)	EL DERECHO A LA LIBERTAD	214
1.1	El derecho a la libertad personal	215
1.2	El Derecho a la seguridad personal	220
1.3	Limitaciones al derecho a la libertad personal	223
a)	Restricción y privación de libertad.....	224
b)	Alcances del derecho a la libertad personal	226
c)	Restricciones extrapenales del derecho a la libertad	228
c.1)	El arresto del quebrado.....	229
c.2)	Internamiento en establecimiento psiquiátrico.....	231
c.3)	Arresto domiciliario o localización permanente.....	234
c.4)	La Detención de menores	235
c.5)	El arresto militar como sanción disciplinaria	236
c.6)	La detención e Internamiento de extranjeros.....	238
c.7)	Detención para efectos de identificación.....	240
c.8)	Controles de alcoholemia	241
c.9)	Otras diligencias policiales.....	242
1.4	Garantías constitucionales del derecho a la libertad personal	244
a)	La reserva de Ley	245
b)	Exclusividad de la jurisdicción ordinaria	247
c)	Principio de proporcionalidad y razonabilidad	248
d)	Motivación de las resoluciones	250
e)	El recurso de amparo constitucional.....	251

1.5 El artículo 17 de la Constitución Española.....	253
1.6 El derecho a la libertad personal de los extranjeros	257
a) Protección internacional	257
a.1) La Declaración Universal de los Derechos del Hombre	258
a.2) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	259
a.3) El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales	261
a.4) Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea	264
b) En España	265
II) LA DETENCIÓN DE EXTRANJEROS	266
2.1 Naturaleza jurídica de la detención	266
2.2 Clases de detención	268
a) Por su legalidad	268
b) En virtud de quién ejecuta la detención.....	268
c) Si se practican o no en el marco de un proceso penal	270
2.3 Mención especial a la detención preventiva policial y su plazo máximo.....	272
2.4 La detención de extranjeros en situación irregular	277
2.4.1 Naturaleza jurídica.....	278
2.4.2 Duración de la detención	285
2.4.3 Situaciones que determinan la detención de extranjeros	288
a) Detención por incoación de un procedimiento de expulsión	289
b) Detención por incumplimiento de la orden de expulsión.....	291
c) Detención para devolución o por denegación de entrada.....	294
c.1 Detención en sala de rechazados de los aeropuertos	297
c.2 Detención en caso de solicitud de asilo	299

d)	Detención para efectos de identificación.....	301
d.1	Situaciones que determinan la detención para efectos de identificación.....	307
d.2	Breve referencia a la Circular 1/2010 de 25 de enero, de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil.....	308
d.3	Mención especial. La detención por perfiles étnicos.....	311
2.5	Habeas Corpus.....	316
2.5.1	Naturaleza Jurídica.....	316
2.5.2	Etapas.....	319
a)	Solicitud del Habeas Corpus.....	319
b)	Incoación y tramitación del proceso.....	322
c)	Terminación del proceso.....	323
2.5.3	El Habeas Corpus para los extranjeros.....	325
	CAPITULO III.....	330
	D) EL INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS.....	330
1.1	Regulación.....	330
1.2	Naturaleza jurídica.....	333
1.2.1	¿Medida cautelar o sanción?.....	337
a)	Las medidas cautelares, concepto y clases.....	338
b)	Diferencias con las medidas cautelares derivadas del ámbito penal.....	340
1.2.2	¿Medida automática o discrecional?.....	341
a)	Aplicación del Principio de Proporcionalidad.....	343
b)	Aplicación del Principio “Favor Libertatis”.....	347
1.2.3	¿Vulneración del artículo 25.3 de la Constitución Española?.....	351
1.2	El papel del Juez y del Fiscal en la medida cautelar de internamiento de extranjeros.....	362

1.3.1 Duración del internamiento en el CIE	368
1.3.2 Los extranjeros internados en el CIE y el Habeas Corpus	372
II) SUPUESTOS QUE DETERMINAN EL INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS	374
2.1 Denegación de entrada (regreso)	374
2.1.1 Requisitos para la entrada a España	375
a) Requisitos formales	375
b) Requisitos que justifiquen los motivos del viaje	376
2.1.2 Trámite de la Denegación de entrada	378
a) Inicio e instrucción	378
b) Terminación.....	379
2.1.3 Denegación de entrada y solicitud de asilo	380
2.1.4 Recursos para impugnar la denegación de entrada.....	382
2.1.5 Naturaleza jurídica.....	384
2.2 Devolución	389
2.2.1 Trámite de la devolución	390
2.2.2 Recursos que pueden interponerse	392
2.2.3 Naturaleza Jurídica	393
a) Devolución por quebrantamiento de una prohibición de entrada.....	394
b) Devolución por intento de ingreso ilegal a España	398
2.3 Internamiento como medida accesoria de una presente o futura sanción de expulsión.....	404
2.3.1 Breve referencia a la irregularidad y sus procedimientos sancionadores.....	406
2.3.2 Internamiento por iniciación de un procedimiento sancionador en vía preferente.....	412
a) Procedimiento.....	412

b) Naturaleza jurídica	415
2.3.3 El internamiento como ejecución de la sanción de expulsión derivada de un procedimiento ordinario	421
2.4. Situación excepcional, ingreso en los CIE por la comisión de un hecho delictivo	423
2.5 Situación creada por la modificación del Reglamento de Extranjería sobre las condiciones para los familiares de residentes comunitarios	430
2.5.1 Régimen Comunitario	430
2.5.2 Requisitos para obtener el permiso de residencia en régimen comunitario	434
2.5.3 Denegación o revocación del permiso de residencia y riesgo de internamiento	436
2.5.4 De los familiares de un ciudadano español	439
III) PROCEDIMIENTO DE APROBACIÓN JUDICIAL DEL INTERNAMIENTO	440
3.1 Regulación	440
3.2 Solicitud de internamiento	441
3.3 Juez competente	443
3.4 Procedimiento	445
3.4.1 Audiencia	445
3.4.2 Resolución	448
3.4.3 Recursos y comunicaciones	450
CAPITULO IV	453
I) LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO PARA EXTRANJEROS –CIE	453
1.1 Régimen jurídico	453
1.1.1 Normativa y funcionamiento	453
1.1.2 Procedimientos de actuación	465
1.1.3 Normas internas de convivencia	466
1.2 Número de CIE en funcionamiento	467

a)	ALUCHE en Madrid	469
b)	CIE de La Piñera (Algeciras) e Isla de las Palomas (Tarifa).....	469
c)	CIE de Zapadores (Valencia)	471
d)	CIE de Zona Franca (Barcelona).....	471
e)	CIE de Sangonera La Verde (Murcia).....	472
f)	CIE de Barranco Seco (Las Palmas)	472
g)	CIE de Hoya Fría en Tenerife	473
1.3	Breve referencia a los Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes- CETI	474
1.4	Datos estadísticos acerca de los CIE	476
a)	Personas detenidas por infracciones en materia de extranjería	477
b)	Informes favorables del Ministerio Fiscal.....	478
c)	Personas recluidas y expulsadas en los CIE (Periodo 2009-2016)	479
d)	Otras cifras significativas	499
1.5	¿Es eficaz la medida de internamiento?	501
1.5.1	Referencia a los inmigrantes “irregularizables”	502
II)	LOS CIE Y SUS CONDICIONES DE INTERNAMIENTO	510
2.1	¿Centros Penitenciarios o Centros Especializados de Detención?	510
2.1.1	Centros penitenciarios ordinarios en España.....	512
2.1.2	Diferencias entre los CIE y los Centros Penitenciarios Ordinarios.....	515
2.2	Status jurídico del extranjero internado.....	521
2.3	Derechos vs realidad. Problemas detectados en el internamiento.	524
2.3.1	Derecho a ser informados de su situación administrativa en un idioma que entiendan.....	525
2.3.2	Derecho al respeto de su dignidad e integridad física y moral.....	531
2.3.2.1	Hacinamiento, infraestructura y condiciones “Carcelarias”	533

a)	Condiciones carcelarias y hacinamiento	534
b)	Decomiso de objetos personales.....	536
c)	Problemas detectados en la infraestructura	538
d)	Pronunciamientos del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura- CPT.....	540
e)	Pronunciamientos del Defensor del Pueblo y del MNP	542
2.3.2.2	Falta de criterio para separar a los internos.	544
a)	Grupos vulnerables.....	549
2.3.2.3	Tratos inhumanos y/o degradantes y violencia física y psicológica.....	550
a)	Tratos Inhumanos.....	552
b)	Tratos degradantes.....	554
b.1	Desnudo Integral	554
b.2	Identificación por números.....	555
c)	Violencia física y psicológica.....	556
2.3.3	Derecho a la asistencia médica y sanitaria y a los servicios de asistencia social y cultural.....	559
2.3.3.1	Derecho a la asistencia sanitaria.....	559
2.3.3.2	Asistencia social y cultural.....	569
2.3.4	Derecho a la asistencia jurídica.....	571
2.3.5	Derecho a las comunicaciones y a un régimen de visitas.....	575
2.3.6	Derecho a entrar en contacto con ONG y otros organismos nacionales e internacionales.....	582
III)	¿LAS CONDICIONES DE INTERNAMIENTO EN LOS CIE VULNERAN LA DIGNIDAD HUMANA?	585
3.1	Breve referencia al concepto de dignidad humana.....	585
3.2	El derecho a la dignidad humana de los extranjeros.	590

3.3 Derecho a no sufrir torturas, tratos inhumanos y tratos degradantes.	593
a) Postura de la ONU.....	593
b) Postura del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.....	594
c) Postura del Tribunal Constitucional.....	600
c.1 Sobre la práctica del desnudo integral.....	602
c.2 Sobre las medidas de contención física y separación preventiva de los internos.....	604
3.3 Postura de la ONU acerca del internamiento de extranjeros.....	606
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	615
I. CONCLUSIONES	615
II. RECOMENDACIONES.....	621
BIBLIOGRAFÍA	624
INFORMES CONSULTADOS.....	662
RELACIÓN DE CUADROS ESTADÍSTICOS Y GRÁFICOS.....	671

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene como eje principal el estudio de la problemática de los Centros de Internamiento para Extranjeros en España, analizando para ello una serie de aspectos que van desde su concepción formal, su dinámica de funcionamiento, la naturaleza jurídica de los derechos que podrían verse conculcados como consecuencia de la aplicación de la medida de internamiento, hasta la justificación jurídica y fáctica de la existencia de dichos Centros.

La investigación académica siempre ha constituido una actividad de sumo interés, desde mi etapa de estudiante de Derecho y Ciencia Política en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos de Lima- Perú, aunque por razones de ejercicio profesional durante diez años como Secretario General de universidades públicas y privadas de Lima - Perú, la mantuve como una actividad tangencial, que en la actualidad ha pasado a ser nuevamente de interés principal. En lo referente a las razones por las cuales elegí el presente tema de investigación, podemos señalar un sinnúmero de ellas, pero sin duda alguna la más importante está referida al hecho de que soy de nacionalidad peruana, y como tal, he visto de cerca el proceso de migración de familiares y amigos a diversos destinos, principalmente a los Estados Unidos de Norteamérica, España y Argentina. Asimismo, considero que el fenómeno de la migración, ha tomado en la actualidad un protagonismo sin igual, dado que se ha incrementado notablemente en las últimas décadas. Por ello consideré que podría analizar la problemática de los CIE, desde una perspectiva diferente, más cercana a la realidad de sus protagonistas.

Queremos iniciar el introito de nuestro trabajo, haciendo una breve referencia al fenómeno social de las migraciones internacionales, dado que constituye el origen de los amplios e interminables debates acerca de los derechos de las personas extranjeras en Europa, las mismas, que a pesar de que en muchos casos no se encuentran en situación administrativa regular, son de igual forma titulares de derechos humanos reconocidos por los instrumentos internacionales y que, por tanto, no pueden ser soslayados, entre los que podemos citar el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad personal, a la dignidad humana, etc.

Las migraciones internacionales son fenómenos complejos, multifactoriales y multidimensionales, cuya importancia es cada vez mayor dado el contexto globalizado en el que nos desenvolvemos; gracias a los avances del conocimiento y la tecnología se han acortado las distancias y los tiempos.

A fines de noviembre de 2010, la Organización Internacional para las Migraciones (a partir de ahora OIM), publicó el informe sobre las migraciones en el mundo 2010 titulado: “El Futuro de la Migración: Creación de Capacidades para el Cambio”, y entre los datos más importantes que señalaba era que, si el número de migrantes internacionales, estimado en la actualidad en 214 millones, continúa aumentando al ritmo de los últimos 20 años, éste podría alcanzar los 405 millones en 2050; asimismo, señalaba que a pesar de la crisis económica financiera, las remesas internacionales superaron los 414 billones de dólares en el 2009, la mayor parte de esas remesas, aproximadamente el 76 %, tuvieron como destino final los países en vías de desarrollo. Ante estos datos, se podría argüir que la migración internacional y el creciente nexo entre migración y desarrollo presentarán nuevas y mayores oportunidades de desarrollo socioeconómico en los países de origen, tránsito y destino.

En el ámbito nacional cabe indicar que en seis lustros (entre 1985 y 2017), España cambió notablemente su perfil migratorio, ya que pasó de ser un país fuente de emigrantes a ser un país receptor de pobladores foráneos. Esta transformación es un indicador claro del desarrollo económico de España en las últimas décadas, pues es sabido que uno de los factores impulsores de las migraciones lo constituye el desarrollo económico de los pueblos, los migrantes buscan condiciones de vida mejores que las que poseen en sus lugares de origen y al parecer muchos de ellos la encontraron en su momento en España¹. Como es sabido, las migraciones son un fenómeno presente en la historia de la humanidad y España no es la excepción, podemos afirmar que la historia de este país se encuentra marcada por los procesos migratorios internos y externos, tanto de salida de población autóctona como de acogida de población foránea. Sin embargo actualmente, en el contexto de la crisis que aún nos aqueja, nuevamente hemos pasado a ser un país fuente de migraciones internacionales hacia nuevos destinos, aunque no dejamos de recibir grupos de inmigrantes, siendo el perfil de éstos en su mayor parte,

¹ LE MONDE DIPLOMATIQUE (en español), *Atlas de las migraciones. Las rutas de la humanidad*, UNED, Madrid, 2010, pág. 87.

los provenientes de zonas de conflicto internacional como Siria, Libia o Afganistán, dado que nos encontramos inmersos en la crisis migratoria internacional más importante desde la segunda guerra mundial.

Pasando al tema de los derechos de los inmigrantes, debemos señalar que en los últimos tiempos ha sido de honda preocupación en el seno de la Unión Europea, la cual a través del Comité Económico y Social Europeo desde el año 2008 viene implementando algunas iniciativas a fin de lograr la integración de los inmigrantes en las sociedades europeas de acogida; en dicho marco España ha propuesto, en el año 2009, la elaboración de un Dictamen Exploratorio sobre la integración de los trabajadores inmigrantes, el mismo que ha sido aprobado en febrero de 2010. Para Europa resulta de suma importancia el aumento de las migraciones hacia alguno de sus Estados Miembros dado que la libertad de circulación de personas es su característica más importante, lo que trae como consecuencia que la política de inmigración de un país afecte a la de los demás.

Entre los principales acuerdos destacan el reconocimiento oficial del valor de la mano de obra inmigrante en el desarrollo económico de la UE, determinándose que desde el año 2000 ha generado un crecimiento del 21% del PIB de la UE, así como ha propiciado la creación del 25% de los puestos de trabajo contratados recientemente. Se reconoce, por tanto, la necesidad futura de acogida de nuevos inmigrantes y la implementación de políticas de igualdad en el trabajo. Sin embargo, al ser un tema sensible para los países europeos, en paralelo a las iniciativas de integración de los colectivos inmigrantes que se encuentran legalmente en territorio europeo, ha surgido la preocupación de frenar, mediante diversas herramientas jurídicas, la masiva presencia de inmigrantes irregulares dado que, al parecer, esta tendencia creciente de la inmigración hacia Europa, ha dejado de ser un balón de oxígeno para las economías europeas por el aparente costo de dicho fenómeno, sobre todo en lo referente a las prestaciones sociales públicas que muchos de ellos reciben.

En dicho contexto se han puesto en marcha una serie de mecanismos tendientes a disminuir los flujos migratorios, para ello la Unión Europea y algunos países miembros, de manera independiente han suscrito convenios con estados de origen de las migraciones, cuyo principal fin es viabilizar de readmisión de sus nacionales. Por otro lado, la Unión Europea a fin de armonizar la normativa de sus miembros en relación a

los procedimientos de retorno de inmigrantes ilegales, aprobó en el año 2008 la Directiva 2008/115/CE, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio, la cual es denominada por los sectores defensores de los derechos de los inmigrantes como la “Directiva de la Vergüenza”, dado que contempla medidas coercitivas para la ejecución de las órdenes de expulsión, como es el caso de la posibilidad de internamiento de las personas extranjeras en situación irregular, por un periodo de hasta 18 meses.

El hecho de que la normativa Europea y nacional contemplen la posibilidad de privar de la libertad a personas inmigrantes, a través de una medida cautelar para la ejecución de una decisión administrativa de expulsión del territorio, constituye la principal motivación del presente trabajo de investigación, dado que es un tema que ha generado y genera en la actualidad arduos debates. Consideramos que la restricción de derechos fundamentales, como el de la libertad y la dignidad humana, derivada del derecho del Estado Español a regular su política migratoria, merece ser estudiada jurídicamente, a fin de determinar si se encuentra debidamente justificada. Para ello hemos analizado, entre otros aspectos, la efectividad de la medida de internamiento y si, de acuerdo a ella, existe una adecuada proporcionalidad entre la medida y la restricción de los derechos que ella trae consigo.

Como parte de nuestro trabajo de investigación, hemos visitado el CIE de Zona Franca en Barcelona. Esta labor nos ha resultado dura pero ejemplificadora, puesto que nos ha permitido palpar la angustia y desesperación de muchos internos, así como entre otras cosas, lo duro y difícil que resulta el acceso a los visitantes. Asimismo, como trabajo complementario, realizamos un pequeño sondeo preguntando a personas de a pie, si conocían acerca de la existencia de los CIE. En casi la totalidad de las respuestas obtuvimos un resultado negativo, dado que muy pocos habían escuchado acerca de estos Centros². Posteriormente les explicamos que cuando hablamos de CIE, nos referimos a los Centros de Internamiento para Extranjeros en España y al explicar el significado de las siglas, les venía a la mente la idea de prisiones o cárceles y, como es natural, pensaban que se trata de cárceles para extranjeros que han cometido delitos.

² Encuesta realizada a pie de calle en las ciudades de Barcelona y Bilbao a un total de 300 personas. En Barcelona el 87% no sabía la existencia de los CIE y en Bilbao la cifra ascendió a un 98%. Las muestras se tomaron en abril de 2015.

Los que trabajamos en el tema sabemos que dicha deducción natural se encuentra muy lejos de la realidad. Los CIE no son cárceles ni prisiones en sentido estricto, dado que las personas extranjeras ingresadas en ellos no han cometido delito alguno; sin embargo estas personas están privadas de su libertad y conjuntamente con ello, privadas del ejercicio de una serie de derechos colaterales, llámese intimidad personal y familiar, libre desarrollo de la personalidad, etc. De igual forma en muchos casos, como veremos a lo largo del presente trabajo, son víctimas de malos tratos y hasta tratos inhumanos y degradantes.

Al explicar lo anteriormente reseñado, las personas no salen de su asombro y suelen preguntar ¿Por qué los encarcelan entonces? Y el asombro se incrementa cuando les respondemos que esas personas son privadas de su libertad, sólo por un problema administrativo, vale decir que se encuentran en España en situación irregular, los denominados comúnmente como “Sin Papeles”. Como es de verse, la existencia de los CIE es un tema del que se habla muy poco en los medios de comunicación y en los medios oficiales, lo cual trae como consecuencia que sea poco conocida por la población., siendo al parecer un problema que se pretende esconder desde las esferas públicas, pero que lamentablemente está presente, siendo una realidad tangible y poco abordada.

En España existen actualmente siete CIE, cinco de ellos ubicados en la Península (Madrid, Barcelona, Valencia y Algeciras) y dos en Canarias, los cuales son dependientes del Ministerio del Interior. La figura de los CIE se remonta al año 1985, cuando en la Ley Orgánica 7/1985 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, se estableció la posibilidad de ingresar a los extranjeros que se encuentran en situación irregular, en Centros de Internamiento especiales para tal fin y de igual forma la actual Ley de Extranjería LO 4/2000, también contempla dicha figura. Asimismo en el ámbito europeo, los Centros de Internamiento para Extranjeros, tienen su base de creación y permanencia en la normativa comunitaria, específicamente en la citada Directiva 2008/115/CE.

El problema de los CIE, no estriba solo en que su existencia constituya en la praxis una forma de “castigar” con prisión una situación de irregularidad que no constituye un delito, sino que adicionalmente a ello su regulación es oscura y deficiente. Una muestra de ello es que desde su creación en el año 1985 hasta el año 2014, no se

contaba con un Reglamento que desarrollara aspectos básicos, como derechos de los extranjeros ingresados, régimen de visitas, comunicaciones, reglas internas de permanencia, sanciones, etc., y es recién en enero de 2014 cuando se aprobó un Reglamento que desarrolla algunos de estos aspectos, pero que lamentablemente aún presenta muchos defectos y vacíos, los que permiten que en muchas ocasiones la policía que se encuentra a cargo de la custodia de estos centros, incurra en excesos o actos lesivos a los derechos de las personas extranjeras.

Pero debemos aclarar que la figura de los Centros de Internamiento para Extranjeros no es exclusivamente española, puesto que existen en la mayoría de estados europeos. Relevante importancia poseen los Centros de Internamiento de países como Grecia, Italia y Alemania, los mismos que ostentan condiciones de internamiento más duras y prolongadas que las que se dan en España. De igual forma, especial mención merecen las prácticas de internamiento de extranjeros en Turquía y Rusia, que si bien es cierto no forman parte de la Unión Europea, se encuentran dentro del ámbito del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

Por otro lado, debemos señalar que en Europa y sus fronteras, el número de centros de internamiento, ha aumentado significativamente en los últimos años, según MIGREUROP³ existen 393 centros de internamiento en 44 países, entre los cuales se encuentran países de la Unión Europea, países candidatos a la adhesión a la UE y países elegibles en las políticas europeas de vecindad, incluidos los Estados que colaboran en la política migratoria europea⁴, con una capacidad total conocida de casi 37.000 plazas. Según CEAR EUSKADI⁵, en el año 2012 un total de 570,660 personas extranjeras han sido detenidas en el territorio de la Unión Europea, de las cuales 252,785 han sido expulsadas. Debemos señalar que estas cifras aluden solo a los centros de internamiento denominados cerrados, puesto que existen otros centros denominados abiertos, como es el caso de los CETI en Ceuta y Melilla, en los cuales los extranjeros son albergados sin privación de libertad.

³ MIGREUROP, *Campaña de visitas parlamentarias por un derecho de fiscalización sobre los lugares de confinamiento de extranjeros -del 7 al 31 de marzo 2011. Conclusiones generales de la campaña y resúmenes de cada visita*, Madrid, 2011.

⁴ <http://www.migreurop.org/article2490.html?lang=fr>. Quinta edición del “Mapa de los Campos, correspondiente al año 2013.

⁵ <http://cear-euskadi.org/diccionario/centros-de-internamiento-de-extranjeros-cie/>.

En cuanto a su justificación formal, la creación de los CIE como “cárceles administrativas” responde a la necesidad que tienen los gobiernos europeos, por un lado, de adoptar instrumentos de intervención drásticos y de gran significado simbólico ante la denominada “inmigración irregular” y, por otro, de gestionar el retorno de centenares de inmigrantes a sus países de origen. En el caso de España, el internamiento de una persona en un CIE, se ha configurado legalmente como una medida cautelar, cuya finalidad es asegurar la futura expulsión del individuo que se encuentra en situación irregular, vale decir, que según la normativa española, el internamiento de extranjeros no es una sanción, sino una medida asegurativa de la futura expulsión, devolución o retorno del extranjero que se encuentra en situación irregular. Sin embargo en la práctica, como veremos más adelante, dicha finalidad no se cumple, dado que en muchos casos se somete a las personas extranjeras a la privación de libertad, sin lograrse posteriormente su expulsión.

Según la Ley de Extranjería y su Reglamento, los CIE son formalmente centros de internamiento de carácter no penitenciarios y, como tales, deberían tener características diferentes a los centros penitenciarios y de igual forma las personas ingresadas, deberían estar sometidas a condiciones más benignas y menos restrictivas de sus derechos. Lamentablemente, como veremos a lo largo del desarrollo del presente trabajo, dicha deducción que resultaría lógica no se aplica en el caso español, los CIE en todos los casos, presentan un carácter marcadamente carcelario y en muchos de ellos las condiciones de reclusión son peores que la de las cárceles españolas.

Lamentablemente existe un secretismo oficial acerca de este tema, puesto que es muy difícil acceder a datos estadísticos oficiales del Ministerio del Interior acerca del número de extranjeros ingresados y su tasa de expulsión (porcentaje que logran ser expulsados). Desde su creación hasta la fecha el Ministerio del Interior, del cual dependen los CIE, no ha realizado ninguna publicación acerca de estas cifras, cuyo número se conoce porque provienen de instituciones como el Ministerio Fiscal y la Defensoría del Pueblo, las cuales publican cifras que, algunas veces, no concuerdan entre sí como veremos más adelante. Sin embargo tomando como referencia los datos publicados por dichas instituciones, podemos apreciar que las tasas de expulsión no alcanzan ni siquiera el 50%, en el mejor de los casos, lo cual indica que un porcentaje significativo de personas fueron privadas de su libertad sin lograrse su expulsión. Como consecuencia de ello, dichas personas fueron puestas en libertad y engrosaron las filas

de personas “irregularizables”. El detalle y análisis de las cifras lo veremos en el desarrollo del presente trabajo de investigación. Asimismo, debemos hacer hincapié en que no se publican oficialmente las cifras de ocupación, ni otros aspectos del régimen interior de los CIE, lo cual dificulta el control que sobre éstos podría realizarse.

Por su parte, es importante resaltar que el presente trabajo tiene por finalidad poner en relieve las condiciones de internamiento de las personas extranjeras en los CIE de España y analizar cada uno de los problemas existentes en ellos, determinando la posible vulneración de derechos que el internamiento puede producir en los internos. Nuestro enfoque se centra en analizar los derechos implicados en los internamientos de extranjeros, así como intentar acercarnos a determinar si dicha medida es realmente efectiva, dentro de los parámetros de su finalidad formal y si se justifica plenamente. De igual forma, pretendemos realizar un pequeño aporte con una sugerencia de modificación normativa, que podría, desde nuestro punto de vista, disminuir significativamente las consecuencias negativas de los internamientos en las personas extranjeras en situación irregular.

Asimismo debemos afirmar que las migraciones, como “problema” o realidad, sí es un tema del que escuchamos hablar a diario, los medios de comunicación informan constantemente acerca de las incursiones de grupos de extranjeros en Ceuta y Melilla o las masivas oleadas de inmigrantes que llegan a las costas griegas o italianas, muchas de ellas con resultados trágicos, como el caso de Lampedusa en octubre del año 2013, en el cual murieron 360 personas, o el naufragio acaecido en el Sur de la Isla de Creta, donde en junio de 2016 murieron más de 700 personas, entre muchos otros casos que a diario son materia de noticias. De igual forma la Unión Europea y sus Gobiernos integrantes, debaten constantemente acerca de las medidas más efectivas para frenar la inmigración ilegal, y las medidas para acoger o, en su defecto, “devolver” a los refugiados sirios o afganos. Nosotros no negamos la gran importancia de este tema pero nos preguntamos ¿Por qué se habla poco acerca de la problemática de los CIE y de las miles de personas que son recluidas anualmente en Europa? ¿Qué se pretende esconder? Consideramos que el secretismo con el que se maneja el tema de los CIE en España y en los demás países de la Unión Europea no es saludable, puesto que nos referimos a la posible vulneración de derechos fundamentales, por ello consideramos que la política migratoria Europea necesita un cambio de enfoque trascendental.

El trabajo de investigación se encuentra dividido en cuatro capítulos. El primero de ellos desarrolla brevemente el marco teórico de las migraciones, comprendiéndose allí aspectos básicos de las migraciones internacionales, las teorías más saltantes acerca de los movimientos migratorios y una especial mención de las redes migratorias, elemento clave en los procesos migratorios. Asimismo, en su segundo apartado realizamos una reseña de la normativa comunitaria relativa al control de los flujos migratorios, por parte de los Estados Miembros, haciendo un particular hincapié en la Directiva 2008/115/CE, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio, dado que es el punto de partida de la posibilidad de privación de libertad de personas extranjeras en situación irregular en los Estados Miembro, hacemos mención de sus principales aspectos controvertidos, como es el caso de la expulsión de menores no acompañados, los solicitantes de asilo y el internamiento en centros especializados de detención.

Asimismo en dicho apartado, se realiza un breve análisis de las competencias estatales y autonómicas en materia de extranjería, así como un detallado análisis de la normativa que en materia de extranjería se ha aprobado en España desde el año 1852 hasta la actualidad, se analiza la primera Ley de Extranjería del año 1985, su Reglamento y todas sus modificaciones y normas derogatorias, incluyéndose en ella a las Sentencias del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo que condicionaron a la derogación de ciertos preceptos. En ese sentido, también se analiza la actual Ley de Extranjería y su Reglamento y sus posteriores modificatorias, así como las normas específicas que regulan el funcionamiento de los CIE, tal es el caso de la derogada Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999 y el actual Reglamento y Régimen Interior de los CIE del año 2014.

De igual forma en el tercer apartado, hemos realizado una somera referencia al status jurídico de los extranjeros en España, así como a sus derechos, distinguiendo a aquellos de los que son titulares todos los extranjeros sin excepción (no discriminación, asociación, reunión y manifestación, tutela judicial efectiva y asistencia jurídica gratuita, sindicación y huelga, educación, asistencia sanitaria urgente, intimidad personal, etc.); de aquellos de los que solo pueden gozar los extranjeros que se encuentren en situación administrativa regular en España (libre circulación, intimidad

familiar y reagrupación familiar, servicios sociales, documentación, trabajo por cuenta propia o ajena, seguridad social, etc.).

El segundo capítulo ha sido dividido en dos apartados, en el primero de ellos hemos realizado un análisis del derecho a la libertad y en el segundo apartado hemos abordado la figura jurídica de la detención de extranjeros, pasando a reseñar su naturaleza jurídica y clases de detención. Asimismo, analizamos las situaciones que determinan la detención de extranjeros en situación irregular, tales como la incoación de un procedimiento de expulsión, el incumplimiento de una orden de expulsión, la detención por motivos de devolución o denegación de entrada, la detención por motivos de identificación, la misma que posee diversas aristas como la detención por perfiles étnicos y las famosas “redadas” de inmigrantes, así como hemos realizado un análisis de la Circular 1/2010 de 25 de enero de la Dirección General de la Policía y Guardia Civil, que regula el tema. De igual forma hacemos referencia a la jurisprudencia nacional e internacional sobre el tema, a la duración de la detención, así como a la importante figura jurídica del Habeas Corpus, su naturaleza jurídica, etapas y aplicación a los extranjeros.

El tercer capítulo está dedicado a analizar la figura jurídica del internamiento de extranjeros, el cual está dividido en tres apartados. En el primero de ellos analizamos su regulación, naturaleza jurídica, haciendo especial énfasis en determinar si se trata de una medida cautelar o una sanción, y si es una medida que se adopta de manera automática, o cabe en ella un elemento discrecional por parte del Juez competente. Se analiza someramente la aplicación en el tema del principio de “proporcionalidad” y el de *favor libertatis*, el papel de Juez y del Fiscal en la adopción de la medida, la duración del internamiento en los CIE y por último se analiza si es posible acogerse al Habeas Corpus, una vez que se haya adoptado la medida.

En el segundo apartado abordamos los supuestos que determinan el internamiento de extranjeros, se recogen todos los supuestos contemplados en la normativa de extranjería. El primer supuesto es la denegación de entrada, en la cual se hace referencia a los requisitos para la entrada a España por parte de los extranjeros, el trámite de la denegación de entrada, el caso de las solicitudes de asilo cuando son presentadas en paralelo a una denegación de entrada, los recursos para impugnar la denegación de entrada y jurisprudencia sobre el tema. El segundo supuesto es la

devolución, en el cual se aborda su tramitación, recursos, naturaleza jurídica, haciendo especial énfasis en sus dos situaciones diferenciadas: La devolución por quebrantamiento de una prohibición de entrada y la devolución por intento de ingreso ilegal a España. El tercer supuesto lo constituye el internamiento como medida accesoria de una presente, o futura sanción de expulsión, realizamos una breve referencia a la irregularidad y sus procedimientos sancionadores, así como a las situaciones que pueden producir el internamiento por este motivo: la primera de ellas como consecuencia del inicio de un procedimiento de expulsión en la vía preferente y la segunda como ejecución de la sanción de expulsión. Como cuarto supuesto tenemos al ingreso en un CIE por la comisión de un hecho delictivo, y por último una novedosa causal de internamiento que puede darse como consecuencia de la modificación de la normativa para la concesión de autorización de residencia a los ciudadanos comunitarios y sus familiares de nacionalidad extracomunitaria. En dicho apartado se analiza el régimen comunitario, sus requisitos y el riesgo que conlleva para el familiar no comunitario la denegación del permiso de residencia. Asimismo, se realiza una reflexión acerca de la problemática actual de los familiares no comunitarios de un ciudadano español.

El tercer apartado del tercer capítulo está referido al procedimiento de aprobación judicial de la medida de internamiento, en el que analizamos la regulación, la solicitud de internamiento por parte del órgano instructor, el Juez competente y el procedimiento mediante el cual se decide el internamiento de una persona extranjera en situación irregular; de igual forma se hace referencia a los recursos que contra dicha decisión podrían interponerse.

Por su parte el cuarto capítulo está dedicado al análisis de los Centros de Internamiento para Extranjeros en España, se encuentra dividido en tres apartados. El primero de ellos aborda los Centros de Internamiento para Extranjeros, abordándose su normativa y funcionamiento, el status jurídico del extranjero internado y una breve descripción de cada uno de los CIE que se encuentra en funcionamiento en el país, así como referencias a los Centros de Estancia Temporal de Extranjeros–CETI, ubicados en Ceuta y Melilla. Asimismo, se hace un recuento de las cifras estadísticas que sobre el internamiento de extranjeros se ha podido recopilar en los últimos años, tomando como fuentes principales las Memorias Anuales de la Fiscalía General del Estado y de la Defensoría del Pueblo en su faceta de Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura.

En base a ellos, se han elaborado cuadros y gráficos, que reflejan la evolución de las cifras desde el año 2009 hasta la actualidad.

El segundo apartado abarca las condiciones de internamiento en los CIE, se ha realizado una reflexión acerca de las características de estos centros en comparación con los centros penitenciarios, haciendo hincapié en sus diferencias y similitudes, las cuales han sido plasmadas en un cuadro descriptivo. De igual forma en el apartado denominado “derechos vs realidad”, se analiza cada uno de los derechos de los internos y se realiza una minuciosa comparación con cada uno de los problemas detectados en los CIE que se encuentran en funcionamiento en territorio español, para ello hemos consolidado un total de 32 informes de instituciones como: Amnistía Internacional, Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, Comité Europeo de Prevención de la Tortura, Comisión Española de Ayuda al Refugiado- CEAR, Defensoría del Pueblo, Dirección General de Relaciones Internacionales y Extranjería, Ferrocarril Clandestino, Fiscalía General del Estado, Grupo de Investigación y Sistema Penal, Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, MIGREUROP, Plataforma de Solidaridad con los inmigrantes de Málaga, Pueblos Unidos, Relatora Especial de la ONU, Women’s Link World Wide, etc. Esta labor nos ha permitido obtener información valiosa acerca de la real situación de los CIE y la dinámica del internamiento de extranjeros. Entre los principales problemas detectados podemos mencionar: las condiciones carcelarias y el hacinamiento, el decomiso de objetos personales, problemas de infraestructura, la falta de criterio para separar a los internos, las deficiencias en la asistencia jurídica y servicios sociales, los tratos inhumanos y degradantes, la violencia física y psicológica, la deficiente asistencia sanitaria, el régimen de visitas restringido y defectuoso, así como la falta de efectividad de la medida, haciendo una referencia a los inmigrantes irregularizables.

El tercer y último apartado lo hemos dedicado a analizar las controversias acerca del internamiento de extranjeros, realizando una reflexión acerca de la posible vulneración de la dignidad humana, originada por las condiciones y los problemas detectados en los CIE. En ese sentido, se hace referencia al derecho a la dignidad humana de los extranjeros, sus alcances, así como se pone de manifiesto la postura que sobre el tema han esbozado el Tribunal Constitucional, la ONU y el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

Por otro lado debemos señalar que iniciamos el trabajo de investigación con un objetivo específico: Analizar con profundidad desde una perspectiva jurídica y sociológica, los aspectos controvertidos derivados de la existencia de Centros de Internamiento de Extranjeros en España.

En ese sentido en el devenir de la investigación hemos intentado responder a las siguientes preguntas:

¿La inmigración ilegal originaria o devenida puede justificar el riesgo de la pérdida de libertad?

¿El Estado de acogida en defensa de la seguridad, legalidad y/o integridad del disfrute de algunas de las prestaciones públicas que forman parte del Estado de Bienestar, puede privar de la libertad a las personas?

¿Existe una vulneración efectiva del derecho a la libertad o es la natural consecuencia de la irregularidad administrativa?

Asimismo como consecuencia del objetivo principal, hemos definido objetivos específicos, entre los que destacan:

- 1) Examinar la situación real de los CIE, así como la referida a las personas extranjeras recluidas en ellos.
- 2) Analizar si la existencia de los CIE en España, constituye una vulneración a ciertos derechos fundamentales de los extranjeros que se encuentran en situación administrativa irregular.
- 3) Examinar la “efectividad” de la medida de internamiento como herramienta de ejecución de la orden administrativa de expulsión.
- 4) Verificar que la medida de internamiento, no dista mucho de una sanción condenatoria de índole penal, dadas las condiciones de internamiento en un CIE.

De igual forma, como parte de nuestro planteamiento inicial esbozamos la siguiente hipótesis inicial:

“La privación de libertad que implica el internamiento de una persona extranjera en un Centro de Internamiento para Extranjeros- CIE, constituye en la praxis una sanción, dado que implica la restricción de derechos fundamentales, cuyo ámbito de protección debería primar sobre la potestad estatal de regular su política migratoria.”

Pasando a la metodología empleada, no debemos dejar de señalar que recibe el nombre de Metodología de la Investigación Científica la rama prescriptiva de la filosofía de la ciencia, sería entonces la parte técnica de ésta, pues se ocupa de reglas generales, las cuales parten de la descripción general de la actividad del científico. Por otro lado, la metodología podemos verla como reglas que cumplen la función de darle solidez al nuevo conocimiento que se pretende incorporar al ya existente, esto significa que no son un recetario que produce conocimiento, sino reglas de evaluación de las nuevas ideas.

En lo referente a la metodología de la investigación en el derecho debemos señalar que existen diversos autores que han analizado sus características, para SALAS⁶ se puede hablar de dos tipos de metodología en el Derecho: una metodología judicial, y una metodología dogmática-académica. La primera vendría a ser un tipo de metodología que se produce en la práctica del derecho, es decir, en los tribunales; mientras que la segunda, sería la realización de la actividad dogmática propiamente dicha.

Por su parte MARTÍNEZ ZORRILLA⁷ considera que la metodología de la investigación en derecho, se refiere al estudio y análisis del procedimiento para poder determinar cuál es la respuesta jurídica para la solución de algún caso en concreto. El derecho como ciencia compleja que es, entraña el estudio de aspectos meramente

⁶ SALAS MINOR, E., “Debate sobre la utilidad de la metodología jurídica: una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la teoría del derecho”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 12, 2009, pág. 208.

⁷ MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Metodología jurídica y argumentación*, Marcial Pons, Madrid, 2010, pág. 22.

teóricos y doctrinales y el estudio de aspectos casuísticos, que en muchos casos pasan a formar parte de la dogmática jurídica.

Así, dada la naturaleza de la metodología de la investigación jurídica, debemos señalar que existe más de una forma de estudiar al derecho, lo cual significa que existen diversas formas para realizar investigaciones jurídicas; entre los tipos de investigación más utilizados en el derecho podemos mencionar: el método doctrinario, la hermenéutica jurídica, la dogmática jurídica, la exégesis, etc.

En virtud de lo expuesto, y sin ánimos de abundamientos metodológicos, debemos señalar que la metodología del presente trabajo se basa en un análisis de más de 500 fuentes bibliográficas, hemerográficas, bases de datos, etc. El estudio comprende un análisis normativo, doctrinal y jurisprudencial de las diversas aristas del tema materia del presente estudio, para lo cual se ha tomado como referencia insoslayable los enfoques más relevantes que sobre los derechos implicados en el tema se han puesto de manifiesto hasta la actualidad. Asimismo, hemos analizado los informes de entidades nacionales e internacionales sobre la situación de los CIE en España, abordando cada uno de los problemas detectados y su relación con los derechos fundamentales que puedan ser vulnerados en la privación de libertad.

Por otra parte creemos firmemente que la normativa que regulan los CIE debe cambiar y que también se hace necesario que la sociedad tome conciencia de la real dimensión de la situación de estos Centros y de las personas recluidas en ellos. Para lograrlo se requiere una voluntad política firme de las autoridades competentes, pero también el trabajo conjunto de toda la sociedad. Por ello, en el presente trabajo de investigación, planteamos algunas sugerencias en cuanto a las modificaciones normativas que podrían realizarse, como una forma de contribuir desde la academia a la compleja solución de esta problemática.

CAPÍTULO I

I) MARCO TEÓRICO SOBRE MIGRACIONES

1.1 Alcances conceptuales sobre migraciones.

Como bien sostiene ARSUAGA, quien a la letra dice lo siguiente: “*Sin embargo, hace 40.000 años o poco más, es decir, durante la última glaciación, aparecieron en la Península Ibérica y en Europa unos inmigrantes de origen africano, nuestros antepasados: los primeros representantes europeos de la especie Homo sapiens, conocidos popularmente como hombres de Cro – Magnon o cromañones...*”⁸, Los primeros seres homínidos que poblaron la península ibérica provenían de África. En esa dinámica, si remontamos el curso histórico del hombre hasta llegar a la época moderna, comprobamos que los desplazamientos masivos de grupos humanos son una constante de la historia de la humanidad. Forman parte de la propia evolución de la especie, no siendo en ningún caso, fenómenos aislados ni mucho menos actuales ni coyunturales.

Las migraciones son fenómenos sociales complejos, multidimensionales y multifactoriales, que consisten en la movilidad definitiva o cuasi definitiva de grupos humanos de un lugar a otro. Pero se debe aclarar que cuando nos referimos a la movilidad de un lugar a otro, estamos hablando de dos tipos de desplazamientos, por un lado el producido dentro de un mismo Estado, pero hacia lugares con un contexto socioeconómico diferente, como es el caso de las migraciones de andaluces hacia Cataluña hace algunas décadas y por otro , el referido a los desplazamientos internacionales, es decir fuera del Estado de origen, con la finalidad de desarraigarse de su sociedad de origen a fin de insertarse en la sociedad de acogida, pero en otro país. Al respecto existen numerosas definiciones que intentan describir y conceptualizar el

⁸ ARSUAGA, J., *El collar del Neandertal*, Círculo de Lectores, Barcelona, 1999, pág. 23.

proceso migratorio, a continuación realizaremos una breve reseña de las que a nuestro criterio consideramos las más resaltantes.

En primer término tenemos la esbozada por GRINBERG Y GRINBERG, citado por TIZÓN GARCÍA, que a la letra dice lo siguiente:

“La migración que da lugar a la calificación de las personas como emigrantes o inmigrantes, es aquella en la cual el traslado se realiza de un país a otro, o de una región a otra la suficientemente distinta y distante, por un tiempo suficientemente prolongado como para que implique vivir en otro país, y desarrollar en él las actividades de la vida cotidiana.”⁹.

A juicio de estos autores, la definición anterior contempla los elementos típicos del hecho migratorio, siempre y cuando en la migración se tengan en cuenta los aspectos psicológicos y psicosociales que se encuentran recogidos en lo relacionado con lo suficientemente distinta y distante (la región de llegada respecto de la de partida), un tiempo lo suficientemente prolongado y en el desarrollo de las actividades de la vida cotidiana en el nuevo lugar. Además, implica una consideración no sólo de las realidades externas al individuo (geográficas, sociales, culturales, políticas, etc), sino también de su realidad interna (motivación, metas personales, etc.), que interactúa con aquellas.

Por otro lado tenemos la definición que realiza OSO en los siguientes términos:

“Desde el punto de vista demográfico, se suele denominar migración al desplazamiento que trae consigo el cambio de residencia del individuo, de un lugar de origen a uno de acogida y que conlleva el traspaso de divisiones geográfico administrativas, bien sea al interior de un país regiones, provincias, municipios entre países. Se habla de estadías no inferiores a un año, sin embargo la medición está determinada por la definición que al respecto haga cada país.”¹⁰

⁹TIZÓN, J. L. et al. *Migraciones y Salud Mental*, Promociones y publicaciones Universitarias PPU, Barcelona, 1993, pág. 32.

¹⁰OSO, L., *La migración hacia España de mujeres jefas de hogar*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Instituto de la Mujer, Madrid, 1998, pág.33.

Como es de verse la autora, adicionalmente a los elementos de desplazamiento y tiempo del mismo, incluye la demarcación geográfica administrativa como otro elemento a tener en cuenta, haciendo hincapié en que las migraciones pueden producirse dentro de un mismo país o fuera del mismo, relativizando el tiempo de las estadías y supeditándolas a los criterios que posea cada país.

Al discutir sobre el concepto y desde una perspectiva más amplia, BLANCO¹¹ asume la migración como un proceso que abarca tres subprocesos: la emigración, la inmigración y el retorno. Esta autora considera que en las aproximaciones conceptuales al respecto se notan ambigüedades para definir la distancia entre el lugar de partida y el de llegada, así como el tiempo de permanencia en el destino. No obstante, hay ciertas dimensiones que deben ser tomadas como criterios para definir el fenómeno y que posibilitan determinar con mayor precisión los desplazamientos de población que pueden ser considerados como migraciones y los que no. Estas dimensiones son las siguientes:

- 1) Espacial: El movimiento ha de producirse entre dos delimitaciones geográficas significativas (como son los municipios, las provincias, las regiones o los países).
- 2) Temporal: El desplazamiento ha de ser duradero, no esporádico.
- 3) Social: El traslado debe suponer un cambio significativo de entorno, tanto físico como social.

Según BLANCO, los criterios anteriores aunque también presentan ambigüedades (delimitación geográfica significativa, desplazamiento duradero) aproximan algo más a la idea de lo que es un movimiento migratorio y lo que es un traslado de otro tipo. Así, agrega la autora, las migraciones serán consideradas como los movimientos que supongan para el sujeto un cambio de entorno político administrativo, social y/o cultural relativamente duradero o de otro modo, cualquier cambio permanente de residencia que implique la interrupción de actividades en un lugar y su reorganización en otro. Por el contrario, no se consideran migraciones a los desplazamientos turísticos, los viajes de negocios o de estudio, por su transitoriedad y

¹¹BLANCO, C. *Las migraciones contemporáneas*, Madrid, Alianza Editorial, 2000.

porque no implican reorganización vital. Tampoco los cambios de residencia dentro del mismo municipio, por no suponer un cambio de entorno político administrativo, ni derivarse necesariamente de la interrupción de actividades previas.

Otro aporte en este mismo sentido tiene que ver con aquello de que cuando se habla de migración se refiere a un movimiento geográfico de personas, dicho movimiento no se agota con el mero traslado físico, puesto que como podemos apreciar, el fenómeno migratorio constituye un proceso complejo que por su extensión en el tiempo y en el espacio, no sólo abarca diferentes subprocesos sino que también afecta diferentes sujetos y colectivos humanos, configurando de esta manera, un vasto campo de análisis sociológico, antropológico, jurídico, económico, etc¹².

1.2 Teorías sobre las migraciones

Los fenómenos migratorios de la era moderna empezaron a ser importantes en Europa ya en el siglo XIX, el gran desarrollo urbano industrial europeo demandó, desde su origen, gran cantidad de mano de obrero cualificada, y por lo tanto barata, procedente de las áreas rurales y de otros países menos desarrollados, es decir, lo que conocemos como migraciones intranacionales e internacionales intercontinentales¹³.

Por ello, desde las Ciencias Sociales, y ya desde ese entonces, la preocupación por la explicación y análisis de los movimientos migratorios llevó hace más de un siglo a RAVENSTEIN¹⁴ a elaborar unas “leyes sociales” a modo de generalizaciones empíricas de validez universal, que permitieran determinar en qué medida estos traslados de población se producían cíclicamente a lo largo de la historia de la humanidad, y también averiguar las causas fundamentales que motivaron y motivan el abandono del lugar de origen, destacando en este sentido, el factor económico como determinante a la hora de decidir la movilidad geográfica¹⁵.

¹² MUÑOZ, J. A., “Efectos de la globalización en las migraciones internacionales”, *Papeles de Población*, vol. 8, núm. 33, julio-septiembre 2002, Universidad Autónoma de México, Toluca, 2002, pág. 10.

¹³ MALGESINI, G., *Cruzando fronteras. Migraciones en el sistema mundial*, Icaria. Fundación Hogar del Empleado, Barcelona, 1998, pág. 18.

¹⁴ E.G. Ravenstein formuló sus *Leyes de Migraciones* entre los años 1885 y 1889.

¹⁵ RAVENSTEIN, E. G. “The Laws of Migration”, *Journal of the Royal Statistical Society*, 52, págs. 241-301, 1889, pág. 242.

1.2.1 Ravenstein, el precursor de las teorías de las Migraciones

Un artículo publicado por el sociólogo español Joaquín Arango¹⁶ recoge muy bien en su introducción las palabras que pronunció el 17 de marzo de 1885 Ernest George Ravenstein ante la *Statistical Society* de Londres. Este geógrafo inglés se basó en el censo inglés de 1881 (posteriormente amplió a veinte países más, entre los que se encontraba España) y utilizó para ello las fuentes estadísticas oficiales. Es tal vez, según apunta Arango, la primera manifestación del moderno pensamiento científico-social sobre las migraciones. La pretensión de RAVENSTEIN por encontrar regularidades empíricas y por establecer comparaciones que permitan auspiciar frecuencias cíclicas de este tipo de desplazamientos, sigue siendo hoy, a pesar del avance en la elaboración teórica al respecto, una preocupación constante. Estas “leyes”, compuestas por dieciocho hipótesis, se sintetizan en una primordial: “la principal, aunque no la única, causa de las migraciones hay que buscarla en la sobrepoblación de una parte del país, mientras en otras partes existen recursos infrautilizados que contienen una promesa mayor de trabajo remunerado”¹⁷. El autor de forma implícita fue quien utilizó por primera vez el marco analítico *atracción – repulsión*, o factores *pull* y *push*; teniendo en cuenta que la decisión de emigrar puede ser adoptada respondiendo a factores que operan en el lugar de residencia o de partida, o a factores que operan en el lugar de destino o a una combinación de ambos. Las hipótesis de RAVENSTEIN se enmarcan dentro de los denominados *pull and push factors* (factores de atracción y expulsión), mediante los cuales se pretendió teorizar el fenómeno migratorio.

Como podemos ver, RAVENSTEIN pone el acento en las causas económicas como las determinantes para que las personas abandonen su lugar de origen y busquen una sociedad ajena, muchas veces extraña para vivir. Asimismo entre sus postulados (Leyes de las Migraciones) manifiesta que “los nativos de las ciudades tienen menos propensión a emigrar que los de las zonas rurales del país”, de igual forma en otro de sus postulados, establece que “las grandes ciudades crecen más por la inmigración que

¹⁶ARANGO, J., “Las Leyes de las Migraciones de E.G. Ravenstein 100 años después”, *REIS*, Nº 35: 7-26, 1985, págs. 7-26.

¹⁷ARANGO, J., “Las Leyes de las Migraciones de E.G. Ravenstein...”cit, pág. 12.

por el incremento vegetativo”¹⁸, haciendo hincapié en la marcada importancia que las migraciones tienen para el crecimiento de las sociedades.

Si bien es cierto que sus postulados no han sido verificados empíricamente, debido a las limitaciones propias de la época, creemos que es necesario conferirle un gran valor, dado que ha servido de punto de partida teórico que a su vez ha incentivado a la reflexión y a la confrontación empírica para verificar su validez. Las leyes de Ravenstein son un punto de partida para los estudios teórico-empíricos que se han llevado a cabo sobre las migraciones, es por ello que es considerado como un autor de la teoría clásica de las migraciones conjuntamente con otros investigadores como Weber (1899), Redford (1926), Jerome (1926), Thomas y F. Znaniecki (1927), Duncan (1940), Stouffer (1940), etc, cuyo detalle es abordado exhaustivamente por García Abad¹⁹.

1.2.2 Las Teorías neoclásica y la de los factores Push –Pull

Los intentos de explicación de las migraciones internacionales son uno de los campos en los que confluyen los intereses temáticos de las Ciencias Sociales de una forma heterogénea. Los economistas han dado mucho énfasis en poner en evidencia que el trabajo es uno de los factores clásicos en la función de la producción y, por tanto, su lógica se debe someter a los mismos principios que el resto de los factores²⁰. Hasta mediados del siglo XX, la teoría migratoria estuvo dominada por un enfoque que intentaba armonizarse con los indicadores básicos de la economía política de la época, es decir, el racionalismo, el individualismo y el liberalismo respectivamente²¹.

La teoría neoclásica surge en la segunda mitad del siglo XX, entre sus principales representantes tenemos a HARRIS y a TODARO²². Según esta teoría, las migraciones internacionales obedecen a decisiones individuales sobre costo-beneficio,

¹⁸ARANGO, J., “Las Leyes de las Migraciones de E.G. Ravenstein...”cit, pág. 13.

¹⁹GARCÍA ABAD, R., “Un estado de la cuestión de las teorías de las migraciones”, *Revista Historia Contemporánea*, N° 26, Universidad del País Vasco, 2003, pág.333.

²⁰MASSEY, D.S.; ARANGO, J.; GRAEME, H.; KOVAOCI, A.; PELLEGRINO, A., y TAYLOR, E., “Una evaluación de la teoría de la migración internacional: el caso de América del Norte”. En MASSEY, D.S. (Dir.), *Cruzando fronteras: migraciones en el sistema mundial*. Icaria- Fundación Hogar del Empleado, Barcelona, 1998, pág. 41.

²¹ MALGESINI, G., *Cruzando fronteras. Migraciones en el sistema mundial*, cit., pág.12.

²² HARRIS, J. y TODARO, M.,”Migration, unemployment and development: A two Sector Analysis”, *American Economic Review*, núm. 60, 1970.

adoptadas para maximizar la renta, es decir, por diferencias entre las tasas salariales entre el país de origen y el país de destino.

Asimismo, partiendo del presupuesto de que los seres humanos hacen elecciones racionales como personas libres, la decisión de emigrar o no emigrar está en función de una serie de indicadores que hacen que la balanza se incline en un sentido u otro, si existe en dicho caso un diferencial claro de ventajas con el menor coste posible. Los flujos laborales van de países de bajos salarios a países de salarios altos, como resultado la migración ejerce una presión a la baja sobre los salarios de los países de destino y una presión a la alza en los países emisores hasta que se alcanza el equilibrio; en este sentido la tasa de emigración se eleva cuando la disparidad salarial crece. La teoría neoclásica entiende la sociedad y la economía capitalista como sistemas autorregulados que mantienen un equilibrio constante entre sus partes²³.

Según MALGESINI²⁴, quien a su vez cita a MASSEI Y ARANGO, la teoría neoclásica esgrime los siguientes argumentos:

1.- Las migraciones internacionales de trabajadores se producen por diferencias entre las tasas salariales de distintos países.

2.- La eliminación de dichos diferenciales terminará con el traslado de trabajadores, y las migraciones no tendrían lugar si dichas diferencias no existieran.

3.- Los flujos internacionales de capital humano -fundamentalmente de trabajadores cualificados- responden a las diferencias en la tasa de retorno al capital humano, que puede ser distinta del nivel salarial promedio, generando un modelo especial de migraciones eventualmente opuesto al de los trabajadores no cualificados.

²³MASSEY, D.S.; ARANGO, J.; GRAEME, H.; KOVAOCI, A.; PELLEGRINO, A., y TAYLOR, E., "Una evaluación de la teoría de la migración internacional: el caso de América del Norte". En MASSEY, D.S. (Dir.), *Cruzando fronteras: migraciones en el sistema mundial*. Icaria- Fundación Hogar del Empleado, Barcelona, 1998, pág.32.

²⁴MALGESINI, G., *Cruzando fronteras. Migraciones en el sistema mundial*, cit., pág. 13.

4.- Los mercados de trabajo son mecanismos primarios por los que se inducen los flujos internacionales de trabajadores; otro tipo de mercados no tienen los efectos significativos sobre las migraciones internacionales.

5.- La vía por la que los gobiernos pueden regular los flujos migratorios es a través de la regulación de los mercados de trabajo en los países receptores y/o en los emisores.

La teoría neoclásica dio como resultado la conocida teoría del push – pull, de la cual se desprende el modelo explicativo migratorio de mayor impacto sobre la comunidad científica. Es un modelo que se basa en una serie de elementos asociados tanto al lugar de origen, como al lugar de destino; en principio existen una serie de factores que empujan (push) a abandonar la sociedad de origen, al compararla con las condiciones más ventajosas que existen en otros lugares, las que ejercen una fuerza de atracción (pull), generándose de esta manera una dinámica de expulsión (push) y atracción (pull)²⁵. Este enfoque teórico va a poner en relación a los países emisores y receptores, dejando constancia que las migraciones son la consecuencia de disparidades de tipo económico y demográfico que actúan como motor que obliga a unas personas a salir de un contexto (empobrecido y con exceso poblacional) hacia otro, con más expectativas económicas y con déficits demográficos, en un intento personal de optimizar el bienestar.

Estas explicaciones en términos de “expulsión-atracción”, consideran la circulación de flujos migratorios como el resultado de un conjunto de circunstancias de los contextos emisores que obligan, a quienes toman esa decisión, a salir de su país de origen. Dentro de la lista de factores de expulsión, se considera el económico como determinante, es decir la situación de pobreza y falta de oportunidades para sobrevivir en el lugar de origen, que conjuntamente con las dificultades políticas, sociales e incluso religiosas, determinan que muchos pobladores dejen su país para buscar oportunidades en otro con mejor situación y bienestar. Dentro de los factores de atracción, debemos

²⁵MASSEY, D, J. ; GRAEME, H.; KOVAOCI, A.; PELLEGRINO, A. y TAYLOR, E.; “Una evaluación de la teoría de la migración internacional... “ cit., pág. 39.

incluir las de expectativas de mayores oportunidades de trabajo y calidad de vida en el lugar de recepción²⁶.

Las críticas a este modelo de análisis las sintetiza MARTÍNEZ VEIGA²⁷, y las resume acentuando el carácter psicologizante e idealista, puesto que, incluso en algunos casos, esta teoría atribuye al inmigrante estados emocionales y sentimentales que no han sido estudiados. De ser cierta la teoría neoclásica (también denominada pull-push), afirma MARTÍNEZ, se podría deducir que las personas que viven en peores condiciones (materiales, de libertad, expectativas de futuro, etc.), son las primeras en abandonar el lugar de nacimiento. Sin embargo, la investigación empírica demuestra lo contrario, vale decir que en muchos casos las personas que poseen más tendencia a emigrar son aquellas que cuentan con mayores recursos económicos y mejor formación académica y, por otra parte, al no tener en cuenta los contextos emisores y receptores en términos más estructurales y con planteamientos más dinámicos, obliga a deducir, como dice PORTES que “se asume tácitamente que las estructuras a las cuales se adaptan los individuos son inmutables o que, al menos, son inasequibles a la investigación sociológica”²⁸. Por lo tanto, este modelo adolece de contemplar las migraciones en términos más socioculturales, que excesivamente individuales, es coherente con una visión del mundo que concibe lo social como un agregado de acciones individuales, sin prestar una atención suficiente a las formas en que los contextos sociales condicionan y limitan las decisiones de las personas. El modelo push-pull no explica por qué los migrantes eligen unos destinos y no otros, y no tiene en cuenta que las migraciones no son individuales, sino sociales²⁹.

En tal sentido, el COLECTIVO IOE³⁰ señala que existe una jerarquía entre sociedades en función de la extensión de las relaciones de mercado (las capitalistas son más avanzadas que las precapitalistas, etc.) y que los procesos migratorios son actos

²⁶ARANGO, J., “Disparidades demográficas...”, cit., pág.1151.

²⁷MARTINEZ VEIGA, U., “Organización y percepción del espacio” en PRAT I CARÓS, J. y otros, *Antropología de los Pueblos de España*, Taurus, Madrid, 1991, pág. 229.

²⁸. PORTES, A. y BORÖCZ, J., “Inmigración contemporánea: perspectivas teóricas sobre sus determinantes y modos de acceso” *Revista ALFOZ*, 1992, pág 23.

²⁹ BLANCO, C., “El inmigrante como sujeto marginado. Claves interpretativa”, en ALVITE, J.P. (Coord.), *Racismo, antirracismo e inmigración*, Alianza, Madrid, 1995, pág. 68.

³⁰COLECTIVO IOE, “¿Cómo estudiar las migraciones internacionales?”, *Revista Migraciones 0*, Madrid, 1996, pág. 10.

únicos (el desplazamiento de un individuo desde A hasta B) y unidireccionales (desde las zonas “tradicionales” hacia las “modernas”).

De hecho, las teorías “push-pull” conciben a las sociedades emisoras de emigrantes como el reverso negativo de las receptoras (generalmente concebidas como paradigma de la racionalidad económica y de los derechos individuales). Esta concepción dualista, propia del paradigma “modernizador”, tiene un trasfondo evolucionista, pues concibe el “progreso” humano de forma unidireccional, y etnocéntrica, ya que el modelo de referencia son las sociedades de capitalismo avanzado, precisamente aquéllas desde donde se formulan estas interpretaciones³¹.

1.2.3 Las Teorías de perspectiva histórico-estructural

Con posterioridad, y aceptando las críticas a esta teoría neoclásica, se va reconociendo que las decisiones personales para emprender un desplazamiento territorial con expectativas de una cierta continuidad no son suficientes y que hay que tener en cuenta factores estructurales, como los fuertes desequilibrios económicos entre zonas emisoras y receptoras. Bajo este presupuesto fundamental, desde una perspectiva histórico-estructural, se originan una serie de teorías con distinta orientación las que van a enfatizar los componentes de la *oferta* y la *demanda* en el mercado nacional e internacional. Desde esta perspectiva explicativa, las relaciones asimétricas entre regiones emisoras y receptoras, entre centros y periferias, justifican los desplazamientos poblacionales. Los fuertes desequilibrios en cuanto a renta, nivel de industrialización y en consecuencia de desarrollo económico, hacen que se incline la balanza hacia una parte del territorio, la “rica”, en detrimento de otra, la “pobre”. Mientras que la teoría neoclásica considera la realidad social como un orden que tiende al equilibrio, para las teorías con perspectiva histórico-estructural, ésta es el escenario de la lucha entre los diversos sectores sociales con intereses contrapuestos. Estas teorías se encuadran, por lo tanto, dentro de la vertiente teórica que analiza la realidad desde la óptica de la desigualdad, la explotación y el conflicto³².

³¹COLECTIVO IOE, “¿Cómo estudiar las migraciones internacionales?”, cit. pág. 10.

³²LARAÑA, E., “Modelos de interpretación y cuestiones de género en el estudio de las migraciones españolas”. *Revista Política y Sociedad*, num. 12, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, pág. 124.

Los economistas Michael TODARO³³ y George BORJAS³⁴ encabezan los estudios sobre migraciones dentro de la denominada *teoría del mercado de trabajo*. Parten de la consideración de que las migraciones obedecen a un desequilibrio entre espacios donde se produce un exceso de mano de obra y otros espacios donde la carencia de la misma obliga a contratar población inmigrada, y donde por lo tanto los beneficios mutuos son evidentes. Las migraciones son, por tanto, funcionales para el sistema mundial en cuanto que equilibran la fuerza de trabajo.

Por su parte PORTES Y BORÖCZ³⁵, hacen también una crítica a las teorías clásicas en un doble sentido, señalan que por una parte, estas teorías no son capaces de predecir las auténticas diferencias entre naciones en cuanto a la dimensión y orientación de los flujos migratorios, es decir, critican su dimensión macro estructural. Y por otra, sostienen, no explican la causa o causas que hacen que se produzcan las diferencias entre individuos de un mismo país o región en lo relativo a sus tendencias migratorias, criticando con ello la dimensión micro estructural.

Asímismo, en la misma línea de crítica a las teorías neoclásicas, surge en la década de los setenta, la *teoría del mercado de trabajo dual o fragmentado*, que sostiene que las migraciones internacionales obedecen a una demanda intrínseca de las sociedades industriales modernas. Michael PIORE³⁶ es su representante más destacado y en su investigación realiza un análisis de los mercados de trabajo de los países receptores, explicando la dualización de la fuerza de trabajo entre trabajadores autóctonos y trabajadores extranjeros. Afirma que los extranjeros se incorporarían a los segmentos secundarios del mercado de trabajo, tradicionalmente ocupados por las mujeres y los jóvenes, pero que en las sociedades más desarrolladas este segmento se ve disminuido por factores sociodemográficos, como la presión de las mujeres para una participación sociolaboral más igualitaria, el incremento del número de divorcios, que convierten en muchos casos el trabajo femenino en el único sustento familiar y la disminución del número de nacimientos que, junto con las mayores expectativas

³³ TODARO, M. P, *International migration in developing countries*, University of Chicago Press, Chicago, 1976.

³⁴ BORJAS, G., *Friends or strangers: the impact of immigrant on the U.S economy*, Baris Books, New York, 1990.

³⁵PORTES, A. y BORÖCZ, J., "Inmigración contemporánea...", cit.

³⁶ PIORE, M. J., *Birds of Passage: migrant labor in industrial societies*, CUP, Cambridge, 1979.

educativas, eliminan una buena porción del trabajo juvenil³⁷. Así, según PIORE, las migraciones obedecerían más a factores de atracción, por cuanto las sociedades más desarrolladas demandan mano de obra barata para cubrir las necesidades del mercado internacional.

Una aportación interesante y que cabe resaltar, es que a diferencia de la teoría anterior postulada por TODARO y por BORJAS, en esta se afirma que las migraciones no vendrían a equilibrar dos sistemas, sino que las consecuencias de las migraciones serían más bien de perpetuar los desequilibrios existentes entre países emisores y países receptores, por tanto que, si bien es cierto, los extranjeros cubren necesidades de mano de obra en los países receptores, esta mano de obra suele ser mayoritariamente de baja cualificación y por lo tanto peor remunerada, acentuándose el desequilibrio económico-social.

En PIORE, citado por MASSEY³⁸, la necesidad de mano de obra proveniente de las sociedades menos desarrolladas se fundamenta en cuatro características estructurales de las economías más avanzadas:

- 1) La inflación estructural. Ante la imposibilidad de incrementar los salarios, por la presión de una jerarquía sociolaboral, los empresarios ven en los trabajadores inmigrantes una alternativa para cubrir sus necesidades con bajos costos.
- 2) Problemas motivacionales. Más allá de la retribución económica, los trabajadores nativos de las sociedades avanzadas buscan un estatus social importante; los trabajadores inmigrantes en cambio, desempeñan un puesto de trabajo a cambio de un salario exclusivamente, sus motivaciones son otras y diferentes a la de los trabajadores nativos. De hecho, para muchos de ellos tener un trabajo remunerado en un país extranjero supone renta y status en el propio.
- 3) Dualismo económico. Mientras que el capital es un factor fijo de producción, el trabajo es un factor variable cuyos costos de infrautilización (desempleo) recaen sobre

³⁷BLANCO, C., "El inmigrante como sujeto marginado..", cit., pág. 69.

³⁸MASSEY, D, J.; GRAEME, H.; KOVAOCI, A.; PELLEGRINO, A. y TAYLOR, E.; "Una evaluación... ", cit., pág.72.

el propio trabajador. Por lo tanto, ante situaciones adversas, el empresario buscará optimizar los recursos económicos antes que los laborales, optimizará el capital invertido en aspectos más básicos de la producción e implementará estrategias productivas que tiendan a la optimización de los recursos humanos de acuerdo a los segmentos primarios y secundarios del mercado de trabajo. El segmento secundario, por ser inestable, sufre las consecuencias de las fluctuaciones propias de los ciclos económicos. El segmento primario goza de estabilidad y;

4) La demografía de la fuerza de trabajo.

Continuando con esta somera reseña de teorías acerca de las migraciones, no podemos dejar de mencionar a CASTLES, S. y G. KOSACK³⁹, los mismos que desde enfoques menos funcionalistas, van a seguir remarcando los beneficios que para las economías desarrolladas generan las clases trabajadoras, divididas a causa de la segmentación del mercado de trabajo. En el desarrollo de su investigación, analizan la situación de los trabajadores extranjeros en Gran Bretaña, deduciendo que muchos inmigrantes de origen africano se han visto forzados a ocupar puestos inferiores a su nivel de cualificación profesional. Dichos autores, que poseen una marcada orientación marxista, ponen el acento en que el mercado de trabajo demanda mano de obra no cualificada y éste se nutre de población extranjera que estaría dispuesta a trabajar en inferioridad de condiciones al resto de los trabajadores nacionales, la división por tanto es beneficiosa para el sistema. Así mismo, la existencia de estos puestos de trabajo, en la agricultura, construcción y servicios principalmente, actuaría de fuerza de atracción para nuevos inmigrantes extranjeros. Estas teorías que enfatizan el sistema mundial en términos de desequilibrios estructurales entre países, siguen teniendo hoy en día un enorme vigor. Se sigue considerando que estas fuertes diferencias, obedecen más a factores que tienen que ver con la división internacional del trabajo, que a factores más internos de los propios países fuentes de las migraciones.

³⁹CASTLES S.; KOSACK, G. y MILLER, M., *The Age Migrations. Population Movements in Modern World*, McMillan, Londres, 1993.

Las teorías del sistema global, o también denominadas de los sistemas mundiales o de la dependencia, tienen su máximo exponente en WALLERSTEIN⁴⁰ quien ha influido fuertemente en una gran cantidad de sociólogos. Los argumentos propuestos por este investigador pueden resumirse en la siguiente frase citada por MALGESINI⁴¹: “en el transcurso de los siglos, la penetración del capitalismo en las áreas periféricas en busca de riquezas, materias primas y beneficios ilimitados, creó una población propensa a la movilidad geográfica. Actualmente la lógica del mercado es expandirse geográficamente y funcionalmente, mediante el intercambio y los flujos económicos y de trabajadores entre las naciones”, así para WALLERSTEIN, la unidad de análisis no son los individuos, ni las clases sociales, ni tampoco los estados-nación, sino todo el planeta interconectado por la lógica del capitalismo mundial. De igual manera, cabe destacar cómo relaciona las tensiones dialécticas entre autóctonos y extranjeros, analizando las confrontaciones que se traducen en actitudes racistas de los primeros hacia los segundos.

PORTES Y BORÖCZ⁴², siguiendo con estas explicaciones estructurales, dicen que para que los movimientos internacionales se produzcan, se deben dar previamente procesos de penetración externa y desequilibrios internos en las zonas exportadoras de mano de obra, fundamentalmente durante la época de colonización occidental. De esta manera, las migraciones son una consecuencia de procesos históricos, sobre todo iniciados en el siglo XIX, del capitalismo en expansión que requirió ya mano de obra “forzosa” para llevar a cabo la consolidación del proceso de industrialización y, a veces, el de reconstrucción nacional.

Según estos autores el proceso de descolonización después y la dependencia con la metrópoli, actuará como condicionante macroestructural que explicaría los flujos migratorios a Europa de personas pertenecientes a esos países excoloniales durante el siglo XX; sería el claro ejemplo de argelinos, tunecinos y marroquíes en Francia, que aún estando en las mismas condiciones de precariedad económica que sus vecinos, emigrarán mayoritariamente a ese país europeo; y después, una vez iniciada la cadena migratoria, estos primeros emigrantes abren el camino para los siguientes paisanos,

⁴⁰WALLERSTEIN, I., *El moderno sistema mundial*, Siglo XXI, Madrid, 1979.

⁴¹MALGESINI, G., “Cruzando fronteras...”, cit., pág. 22.

⁴²PORTES, A. y BORÖCZ, J., “Inmigración contemporánea...”, cit., pág.81.

vecinos y parientes y en este segundo caso, los movimientos de población obedecerán a razones más microestructurales y autónomas que las otras.

Es decir, que los factores macroestructurales influirían sólo en una parte del total de población que emigra, y otra mucha lo hará condicionada por el hecho de que esos pioneros de la cadena migratoria hayan abierto la posibilidad y les sirve de acicate para abandonar el lugar de origen. Como veremos un poco más adelante, las redes sociales son a la vez un factor de atracción desde el lugar de origen, debido a la circulación de la información. Estas teorías macroeconómicas, que explican las causas de los desplazamientos poblacionales a nivel mundial, no explican por qué unos deciden quedarse y otros irse; las teorías económicas, en gran medida las de corte sociológico, se sienten incapaces de generalizar las causas motivacionales, tanto para la no movilidad como para la movilidad.

Según GASTÓN desde un enfoque microsociológico: *“hay que distinguir, por una parte, la resistencia al cambio territorial considerado casi como universal con la de máxima movilidad, extremos de un contínuum que iría de la máxima resistencia al cambio a la máxima movilidad.”*⁴³, de esta manera según el autor, hay que introducir en el análisis causal la decisión y peculiaridades de los individuos que ninguna teoría macroestructural contempla. Pero también habría que matizar que tanto la pretensión del nomadismo como el sedentarismo, como elementos esenciales del ser humano, no resultan válidos sino es entendiéndolos dentro de marcos socioculturales y no naturales, ya que según BLANCO “la tendencia a la movilidad o el sedentarismo está arraigada en las diferentes culturas y forma parte de los diferentes sistemas de valores que las sustentan”⁴⁴.

El enfoque de estos autores resulta ser excesivamente economicista, pues desde una perspectiva estructural no resulta válido para explicar la permanencia en el tiempo de las salidas territoriales, más bien si en un principio del proceso actúa como condicionante “el diferencial de ventajas”, una vez que éstas se han producido prosiguen de una manera relativamente autónoma, es decir que sería más oportuno

⁴³ GASTON, E., “Enfoque micro sociológico de los efectos de la movilidad”, Congreso Internacional “Los Jóvenes de Cultura Musulmana en la Unión Europea”, Zaragoza, Universidad de Zaragoza, 18-22 abril, 1995, pág.123.

⁴⁴BLANCO, C.; “El inmigrante como sujeto marginado..”, cit., pág. 15.

buscar el abanico causal del fenómeno también en una dimensión sociocultural. La emigración no sólo es una decisión individual en busca de las ventajas salariales, sino que en muchos casos es un “fenómeno social primario”⁴⁵; la familia, las cadenas de amistades, los lazos comunitarios previos son la clave de muchos de los movimientos migratorios recientes a las naciones industriales. Dicho de otra manera, las migraciones son un proceso más bien colectivo que individual.

Uno de los aportes que se le reconoce a la teoría del sistema mundial o de la dependencia, es la correlación entre migraciones y desigualdad internacional, la demostración de los importantes beneficios para el país receptor y la identificación de los efectos negativos para el emisor. Sin embargo, ello no la salva de ser criticada por el excesivo énfasis en las variables económicas, por concebir al inmigrante sólo como sujeto pasivo, por el poder que le atribuye al mercado y por la escasa atención que presta a los procesos sociales que impulsan y reproducen las migraciones. Además, no tiene en cuenta la pluralidad de perfiles que se distinguen en las migraciones actuales, toda vez que centra su atención exclusivamente en lo económico⁴⁶. Estas teorías del sistema global consideran, no sin cierto sentido, a las migraciones internacionales como un elemento más de la dependencia de los países periféricos con respecto a los centrales, en un conjunto de dependencias también de tipo económico, político o social.

1.2.4 Teorías de las redes migratorias e institucionales

Para salir del dualismo derivado de las teorías de los sistemas migratorios y de la dependencia, autores como Taylor⁴⁷ han puesto de manifiesto que las migraciones pueden constituir una estrategia colectiva combinada, destinada a reducir riesgos y restricciones en la sociedad natal, a través del flujo de las remesas que envían los desplazados a la sociedad de origen, así las familias juegan un papel flexible en las estrategias de supervivencia del grupo. En países de fuerte tradición migratoria,

⁴⁵MALGESINI, G.: “*Cruzando fronteras...*”, cit., pág. 16.

⁴⁶GIMÉNEZ ROMERO, C., “Qué es la inmigración. Problema y oportunidad, ¿Cómo lograr la integración de los inmigrantes? Multiculturalismo o interculturalismo? ”, *R. B. A. Integral*. Barcelona, 2003.

⁴⁷TAYLOR, J., “Differential migration, networks, information and risks”, *Oden Stork (ed.) Research in Human Capital and Development*, Vol. 4- Migration, Human Capital and Development, Greenwich, JAI Press, 1986.

principalmente la población joven masculina, decide emigrar no sólo como resultado de una decisión individual, sino obedeciendo a planteamientos familiares que incitan y promueven la movilidad. Algunas personas pueden trabajar en el mercado local y otras son enviadas al exterior desde donde periódicamente envían remesas de dinero; todas juntas forman un universo migratorio interconectado. Estas remesas sirven para paliar los desequilibrios de una economía familiar con fuerte sesgo estacional, invirtiendo en pequeños negocios familiares, pagando los costes educacionales y medicinales o en muchos casos, ayudando a la construcción de una pequeña vivienda con materiales menos precarios. Coinciden estas tendencias migratorias con países con una tradición más colectivista que individualista, según la división de Martín BERISTAIN⁴⁸, es decir, que el contexto de origen es importante conocerlo para intentar comprender la pluridimensionalidad de los fenómenos migratorios.

El análisis de las *redes migratorias*, dado su impacto en las políticas públicas de los países receptores, se presenta como primordial para comprender los fenómenos migratorios que se están produciendo actualmente a nivel mundial; en dicha orientación surgen las teorías denominadas de las Redes Sociales o Migratorias.

Estas teorías microsociales, centran su campo de estudio en la conformación de redes migratorias en los países de destino; al igual que en las sociedades de origen, los inmigrantes en las sociedades de destino, acceden a determinadas redes sociales en un primer momento, y con posterioridad, irán reconstruyendo su propia red social al amparo de nuevas relaciones sociales, entre sus paisanos, autóctonos y familiares que irán entretejiendo un conjunto de alianzas con fuertes dosis afectivas, pudiendo modificar sus intenciones iniciales de retorno. Estas nuevas realidades que cobijan al individuo harán con el tiempo replantearse las expectativas originales, condicionadas por la consolidación de un nuevo estatus en destino y por la existencia o no de familiares que quieran quedarse o desplazarse, el reagrupamiento familiar es un hecho que viene a confirmar la voluntad expresa de emprender una nueva vida. Las formas, la articulación y el funcionamiento que van adquiriendo las redes sociales van a influir en las trayectorias espaciales y en las estrategias migratorias de las personas que han emigrado.

⁴⁸MARTIN BERISTAIN, C., *Reconstruir el tejido social*, Icaria, Barcelona, 1999, pág.55.

Las premisas de la teoría de las redes migratorias son resumidas brillantemente por MASSEY Y ARANGO, los mismos que son citados por MALGESINI⁴⁹ y cuyos postulados podemos resumirlos de la siguiente forma:

- 1) Una vez comenzadas las migraciones internacionales, tienden a expandirse en el tiempo hasta que las redes de conexiones se difunden tan ampliamente en una región emisora que toda la gente que desea emigrar puede hacerlo sin dificultad; entonces, las migraciones comienzan a desacelerarse.
- 2) El tamaño de los flujos migratorios entre dos países no está fuertemente correlacionado con diferenciales salariales o tasas de desempleo, porque cualquier efecto que tengan estas variables en promover o inhibir la migración es progresivamente ensombrecido por los costes decrecientes y la disminución de riesgos derivados del crecimiento de las redes migratorias en el tiempo.
- 3) A medida que las migraciones internacionales se institucionalizan a través de la formación y elaboración de redes, se vuelven progresivamente independientes de los factores que las provocaron originalmente, sean estructurales o individuales.
- 4) Según se expanden las redes y caen los costes y riesgos de la migración, el flujo se vuelve menos selectivo en términos económicos y más representativos de la sociedad o comunidad emisora.
- 5) Es de esperar que los gobiernos tengan gran dificultad en controlar los flujos una vez comenzados, porque el proceso de formación de redes escapa a su control y ocurren con independencia del régimen de políticas aplicado.
- 6) Sin embargo, ciertas políticas inmigratorias, como las destinadas a promover la reunificación familiar, trabajan a contracorriente de los

⁴⁹MALGESINI, G., “*Cruzando fronteras...*”, cit., pág. 36.

controles de entrada, ya que refuerzan las redes migratorias al darles un derecho especial a ingresar a los miembros de las redes de parentesco.

En la misma línea surge la Teoría Institucional que destaca el papel de las instituciones públicas o privadas dedicadas a ofrecer apoyo a población migrante; las organizaciones humanitarias voluntarias también se establecen en países desarrollados para trabajar por los derechos de los trabajadores inmigrantes, tanto en condición regular como para los indocumentados. A medida que crecen los colectivos de inmigrantes, también crece el número de agencias en las sociedades receptoras, cuyo objetivo principal es ayudarlos, pues este crecimiento repercute sobre el mantenimiento de los flujos migratorios. Según MASSEY y otros⁵⁰, el reconocimiento del aumento de organizaciones, instituciones y empresarios o intermediarios dedicados a organizar la entrada en el territorio de los inmigrantes, proporciona hipótesis bastante distintas de aquellas surgidas de los modelos de decisión microeconómicos:

- 1) Como organizaciones destinadas a apoyar, sostener y promover los desplazamientos internacionales, los flujos de migración se institucionalizan más y más, y se independizan de los factores que originalmente los habían causado.
- 2) Los gobiernos tienen dificultades para controlar los flujos de migración una vez que han comenzado porque el proceso de institucionalización es difícil de regular. Teniendo en cuenta los beneficios que surgen de la gran demanda de entrada de los inmigrantes, los esfuerzos policiales sólo sirven para crear un mercado negro de la inmigración, y las estrictas políticas de inmigración se encuentran con la resistencia de los grupos humanitarios.

1.2.5 La teoría de la causación acumulativa

El término Causación Acumulativa se le atribuye a GUNNAR MYRDAL, quien en 1959 reacciona ante las teorías neoclásicas criticando su unidimensionalidad centrada únicamente en la función de producción. Según MASSEY⁵¹, en esta teoría se

⁵⁰MASSEY, D, J.; GRAEME, H., KOVAOCI, A.; PELLEGRINO, A. y TAYLOR, E.; *“Una evaluación...”*, cit., pág. 41.

⁵¹MASSEY, D, J.; GRAEME, H., KOVAOCI, A.; PELLEGRINO, A. y TAYLOR, E.; *“Una evaluación...”*, cit., pág. 43.

considera que existen una serie de técnicas de producción y otorga atención a los procesos de acumulación que se producen por la interacción de la demanda y la oferta, sostiene que las regiones más avanzadas poseen dos ventajas con respecto a las menos favorecidas. La primera ventaja consiste en que generan un flujo de inmigración, el cual otorga un mayor dinamismo a sus mercados lo que a su vez incentiva la inversión y aumenta la demanda. La segunda ventaja estriba en que las inversiones y bienes de capital, conllevan un incremento en la productividad y competitividad de la economía, situación que trae consigo el aumento de la demanda externa, por lo tanto, un aumento en el empleo y, por ende, nuevos flujos de inmigración. Por el contrario, las regiones periféricas al perder mano de obra cualificada que migra hacia lugares de mayor desarrollo, sufren una reducción de la demanda interna lo que se traduce en una disminución en el proceso de acumulación de inversión. En la década de los noventa MASSEY amplió este concepto, interpretándolo como una perspectiva que da cuenta de cómo se sostienen los procesos migratorios, intentó abordar este problema dándole un giro a las variables utilizadas en los enfoques neoclásicos, otorgando una mayor atención a la particularidad del proceso. Por lo tanto, la teoría de la “Acumulación causal”⁵², como él la llama, busca destacar dentro de los movimientos estructurales que dan explicación a la migración, la forma en que éstos son asimilados por los actores que migran, dándole un carácter acumulativo e interpretativo.

MASSEY denomina *causación acumulativa*, al fenómeno por el cual cada acto migratorio altera el contexto social originario dentro del cual se tomó la decisión de migrar. Si cada acto genera unas consecuencias, el sistema social de origen se ve continuamente modificado. En general, según este autor se pueden establecer seis factores socioeconómicos que se ven alterados por las migraciones en este proceso que es acumulativo, estos son: la distribución de la renta, la distribución de la tierra, la organización de la agricultura, la cultura, la distribución regional del capital humano y el significado social del trabajo. Estos cambios se pueden formular mediante las siguientes proposiciones:

⁵²MASSEY, D. S. et al, *Worlds in motion. Understanding International Migration at the End of the Millennium*, Clarendon Press, Oxford, 1998.

1. Los cambios sociales, económicos y culturales producidos por la migración internacional en los países emisores y receptores confieren un poder interno al movimiento que incrementa la resistencia a toda tentativa de control y regulación.

2. Debido a los cambios de expectativas sociales, en los momentos de desempleo y pérdida de puestos de trabajo en las sociedades receptoras, los gobiernos encuentran dificultades para reclutar mano de obra nativa para realizar trabajos que previamente han realizado los inmigrantes. En tales circunstancias, y de forma paradójica, se hace necesario mantener y reclutar más mano de obra inmigrante.

3. La concentración de inmigrantes en ciertos tipos de trabajo conlleva a su etiquetado social como “trabajos de inmigrantes”, lo cual dificulta el reclutamiento de trabajadores nativos para el desempeño de tales puestos de trabajo.

Todos estos últimos enfoques teóricos que hemos comentado, como las teorías de la interdependencia mundial, la teoría de las redes sociales, la de las instituciones y las de la causación acumulativa intenta aunarlas HANIA ZLOTNIK ⁵³ bajo el amparo de una *Teoría de los sistemas migratorios*. Como hemos apreciado, los movimientos migratorios van adquiriendo una estabilidad y una estructura a lo largo del tiempo y del espacio, van generando así mismo diferentes sistemas que se pueden identificar con cierta claridad. Cada sistema migratorio a nivel internacional, tendría su núcleo receptor (que no tiene que coincidir exclusivamente con un país, puede ser perfectamente un conjunto de ellos) y a su vez una serie de espacios emisores que se conectarían con ese centro, mediante la afluencia constante de emigrantes que tenderán a estabilizarse en el tiempo.

Según BLANCO⁵⁴ la teoría de los sistemas migratorios se resume en los siguientes postulados:

⁵³ ZLOTNIK, V., “Empirical Identification of international migration systems”, en KRITZ, LIN y ZLOTNIC (eds.), *International Migration Systems*, Oxford C Terendom Press, 1992.

⁵⁴BLANCO, C., “El inmigrante como sujeto marginado..”, cit. pág. 75.

1.- La formación de un sistema o red migratoria no se deriva tanto de la proximidad geográfica entre países emisores y núcleo receptor, como de las relaciones políticas y económicas existentes entre esos países.

2.- Los sistemas migratorios pueden ser multipolares, de forma que pueden estar formados no por un único núcleo central, sino por un grupo disperso de núcleos receptores.

3.- Cada país puede formar parte de más de un sistema o red migratoria.

4.- La estabilidad de los sistemas migratorios no implica una estructura rígida e inamovible. En función de los cambios económicos y/o políticos, los países pueden generar nuevos sistemas, incorporarse a otros existentes o abandonar aquellos en los que se encontraban en otros momentos históricos.

Mediante estas breves referencias, hemos querido reseñar la evolución de las teorías de las migraciones internacionales y su evolución como disciplina del conocimiento. Consideramos que en un estudio como el que desarrollamos, es necesario conocer los fundamentos teórico-conceptuales del fenómeno migratorio, a fin de entender mejor las causas de las migraciones hacia España, en especial la de aquellos extranjeros en situación irregular que debido a su “ilegalidad” han tenido que pasar por la experiencia de ser recluido en un CIE.

1.3 Antecedentes históricos del estudio de las migraciones en España

Las migraciones son un fenómeno presente en la historia de la humanidad y España no es la excepción, podemos afirmar que la historia de este país se encuentra marcada por los procesos migratorios internos y externos, tanto de salida de población autóctona como de acogida de población foránea. Sin embargo recién, a partir del año 1881 el fenómeno de las migraciones fue considerado importante y se convirtió en un tema de Estado. En dicho año, a instancia del Instituto de Reformas Sociales, se creó la Comisión Alvareda para el estudio de las migraciones, la misma que fue concebida con el objetivo de aportar medios de contener la emigración hacia América por medio del

desarrollo del trabajo. Dicho grupo de trabajo, tenía por finalidad analizar los flujos migratorios de los españoles de aquella época y para ello se valió entre otros instrumentos de la información proporcionada por cada uno de los puertos marítimos de España; tal como nos dice Carlos LLORCA “*definitivamente los emigrantes en España ya contaban y eran contados... Eran negocio y un medio para prevenir y regular las difíciles relaciones sociales y económicas entre la agricultura, la industria y el poder político de la Restauración*”⁵⁵.

De aquellos inicios salió, al cabo de casi tres décadas, la primera ley de emigración que ha habido en España, promulgada en el año 1907, la misma que fue posible gracias a la intervención del Instituto de Reformas Sociales y a la profunda conmoción que produjo en la opinión pública el suceso del Barco Heliópolis, ocurrido en Málaga en el año de 1907; este era un viejo barco que servía para el traslado de cientos de emigrantes españoles hacia América, pero en condiciones infrahumanas.

El objetivo de aquella comisión de estudio era frenar los flujos migratorios, sin embargo, como afirma el COLECTIVO IOÉ⁵⁶, como consecuencia de ello, existen lecciones que la historia y los hechos nos han legado y debemos tomar en consideración.

La primera de ellas es que la regulación de los flujos migratorios es una cuestión de Estado, es decir, una cuestión política en el amplio sentido del término. La segunda lección es que el objetivo de frenar las migraciones no se consiguió, como no lo ha conseguido nadie desde entonces. Todas las regulaciones, más o menos restrictivas, de entrada o salida de flujos migratorios lo único que han conseguido es cambiar las modalidades de los mismos, hacer más difícil el desplazamiento a ciertos sectores de población, hacerlos más caros o sumergirlos en la irregularidad, con la consecuente aparición de mecanismos informales tendentes a transgredir dichas prohibiciones oficiales, dado que no hay intento de regulación social sin resistencia de los sectores que se sienten más perjudicados o deslegitimados en sus expectativas⁵⁷. Por otro lado, la tercera lección es que históricamente, ya cerca de la II Guerra Mundial, el

⁵⁵LLORCA BAUS, C., *Los Barcos de la emigración 1880-1950*, Edit C. LLorca, Madrid, 1992, pág. 20.

⁵⁶COLECTIVO IOÉ (Miguel Ángel de Prada, Walter Actis y Carlos Pereda), “¿cómo abordar el estudio de las migraciones?.”, Icaria, Barcelona, 2002, pág. 2.

⁵⁷IDEM, pág. 3.

fenómeno migratorio español hacia América se corta, pero no por regulaciones restrictivas, sino por la situación socioeconómica del momento, es decir, la coyuntura tiene un papel preponderante en los cambios de las tendencias migratorias, mucho más importante y trascendente que la imposición de normas regulatorias o restrictivas en la materia.

1.4 Redes Migratorias

Hemos recogido en el marco teórico de nuestro trabajo de investigación algunos alcances acerca de las redes migratorias, pues consideramos que son uno de los factores más importantes que permiten el desplazamiento y el asentamiento e integración de los inmigrantes y que constituyen por tanto, un factor impulsor cuyo estudio es ineludible en el contexto de las migraciones internacionales.

La migración no suele ser un proceso individual sino que abarca a núcleos bastante amplios de personas, tanto en el lugar de origen, como en el de llegada y en los tramos intermedios. Estos núcleos están compuestos por familiares, amigos, vecinos, gestores, autoridades, comerciantes, prestamistas, conocidos, compatriotas, expertos y solidarios. Todos son movilizados para facilitar el proceso y todos aportan algo (desde consejos hasta dinero) y a su vez reciben beneficios como el pago de intereses. Recurrir a redes de apoyo ha sido siempre la estrategia normal y la más generalizada en todo proceso migratorio, en todo proceso migratorio es muy frecuente que se puedan detectar redes y cadenas migratorias. Se considera, por lo tanto, que la inmigración es un fenómeno social colectivo ya que las familias, las amistades, los lazos comunitarios previos y la existencia de redes están en la base de muchos de los movimientos migratorios.

La diferencia entre los conceptos de cadena migratoria y red migratoria, se basa en que la red es algo superior a la cadena, es decir, la cadena migratoria suele insertarse dentro alguna de las redes. Mientras la cadena migratoria tiene una naturaleza más utilitaria, de transferencia de información, apoyo y soporte, las redes migratorias son estructuras mayores, más extendidas, relativamente afincadas y que desarrollan una dinámica propia, no son ni espontáneas ni efímeras, cambian y se complejizan con el

tiempo debido a las relaciones que se generan con la entrada de otros actores dentro de su estructura⁵⁸. Como es de verse, el estudio de las cadenas y redes migratorias es muy útil a la hora de analizar procesos sociales, dado que no pueden desligarse de los procesos migratorios y en una gran parte coadyuvan a concretar los proyectos migratorios individuales y colectivos.

El estudio de las redes sociales aplicado al estudio de los movimientos migratorios, se inicia en la década de los 60 de la mano de los demógrafos australianos MAC DONALD Y MAC DONALD que introdujeron el concepto de cadena migratoria. La principal aportación y repercusión de este nuevo análisis, es que frente a la consideración pasiva del migrante en los modelos clásicos, la introducción de la cadena migratoria supuso que el sujeto pasara a tener un papel activo en el proceso migratorio, capaz de formular estrategias de supervivencia y readaptación en contextos de cambios macroestructurales. Así, los contactos interpersonales adquieren un papel esencial, tanto para explicar la decisión última de emigrar, como en el propio proceso de adaptación de la nueva sociedad, atribuyendo incluso, papeles diferenciales a las interacciones más personales, frecuentes e intensas, de aquellas que se sitúan en el polo opuesto y que posibilitan un mejor conocimiento del entorno⁵⁹. Esto supone la introducción de un nuevo factor explicativo en la comprensión del fenómeno migratorio: el capital social del inmigrante, un capital social que Pascual identifica como, “(...) *las redes de apoyo social de la población inmigrada en su lugar de residencia, ya estén formadas por personas de su misma o diferente procedencia*”⁶⁰. Se inspira en la definición de capital social realizada por BOURDIEU y WACQUANT que lo definen como “(...) *la suma de recursos, potencialidades o de hecho, que acumula un individuo o un grupo en virtud de la posesión de una red duradera de relaciones de mutuo conocimiento y reconocimiento más o menos institucionalizadas*”⁶¹.

El estudio de las redes migratorias surge como una alternativa a los enfoques que acerca del fenómeno social de las migraciones se venía planteando en las últimas

⁵⁸PEDONE, C., “Tú siempre jalas a los tuyos. Cadenas y redes migratorias de las familias ecuatorianas hacia España”. *Tesis Doctoral*, Universitat Autònoma de Barcelona, 2003, pág.48.

⁵⁹MARTÍNEZ, M., “Sociologías del espacio: legado teórico y productividad Empírica”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, Nº 105- 109, págs. 127- 154, 2001, pág. 10.

⁶⁰PASCUAL, A. (Dir.), *Redes sociales de apoyo. La inserción de la población extranjera*, Fundación BBVA, Bilbao, 2007, pág.19.

⁶¹ BOURDIEU, P y WACQUANT, L. (1992), *An invitation to reflexive sociology*, Oxford, 1992, pág. 119.

décadas del siglo XX. Los enfoques denominados macro, como los referidos al enfoque demográfico, sociológico y económico, pretendían analizar el fenómeno desde el punto de vista de masas; como contraparte a ellos se encuentran los enfoques micro, destinados a analizar las motivaciones individuales de los sujetos para emigrar.

Entre ellos destaca la teoría económica ortodoxa así como la nueva economía de la migración, sin embargo, las perspectivas macro y micro fueron severamente criticadas durante los últimos decenios del siglo pasado, ya que olvidaban que entre los factores generales y los más particulares, existen una serie de estructuras que hacen posible la migración, abaratando sus costos y, de hecho, canalizándola hacia ciertas zonas, nichos laborales y localidades concretas.

Surgió así el análisis de las redes migratorias, que parte de la creación de un “capital social migratorio”, que se va acrecentando en la medida en que se fortalece la migración. La noción de “capital social migratorio” incluye desde recursos materiales para posibilitar la partida y la inserción en la nueva sociedad, hasta contactos e información de decisiva importancia para el éxito del proyecto migratorio. Se trata de una perspectiva en que el esfuerzo y los elevados costos de los primeros migrantes, van formando un capital que hace posible la migración de otros, aunque muchas veces éstos cuentan con menos recursos o se encuentran en circunstancias menos favorables que las de los migrantes asentados en la sociedad receptora. Al mismo tiempo, estos pioneros se tienden a convertir en líderes del nuevo grupo inmigrante, teniendo en sus manos las claves de la inserción en la sociedad de acogida y en algunos casos logran obtener ventajas de su condición.

En dicho contexto surgieron nuevos enfoques teóricos y metodológicos, orientados a estudiar y explicar el fenómeno social de las redes migratorias, dando origen a corrientes teóricas, como los enfoques microanalíticos, los enfoques de la historia de la familia y los estudios de ciclo vital y las teorías de las redes. Estas teorías surgen para intentar explicar la existencia de ciertas continuidades en los flujos migratorios, que parecen a veces tener vida propia, y que continúan aun cuando las causas que iniciaron dicha emigración hayan desaparecido. Según SILVESTRE⁶², estas

⁶²SILVESTRE, J., “Aproximaciones teóricas a los movimientos migratorios contemporáneos: Un estado de la cuestión”, *Historia Agraria*, num. 21, 2000, pág. 187.

teorías son un encuentro entre los análisis macro y micro y suponen una concepción evolutiva o dinámica de las migraciones, y una apertura hacia puntos de vista sociológicos o antropológicos.

En ese sentido DEVOTO expresó: "La cadena migratoria parece prestarse admirablemente bien para una reflexión que considere a los migrantes no como masas inertes arrastradas por las fluctuaciones del capitalismo -como al menos parcialmente sucedía en los modelos *pull/push*- sino como sujetos activos capaces de formular estrategias de supervivencia y readaptación en contextos de cambios macro estructurales⁶³.

Los estudios acerca de la vinculación entre migración y redes migratorias, así como la forma en que éstas son el vehículo perfecto para la inserción de los inmigrantes en la vida laboral de la sociedad receptora, son innumerables; además de los trabajos antes citados, podemos mencionar a ARBAIZA VILALLONGA⁶⁴ que señala la importancia de dichas redes en la inserción laboral y destaca cómo a veces los nuevos emigrantes venían ya con el trabajo gestionado por algún familiar suyo. Asimismo, Hareven⁶⁵, que pone de manifiesto también la importancia de la familia en la adaptación a las nuevas condiciones de trabajo a las que estaban sometidos los trabajadores inmigrantes, jugando un papel de intermediario entre los inmigrantes y la patronal en la concienciación de la clase obrera.

Según MASSEY y otros⁶⁶ las redes migratorias otorgan una mayor fuerza y verosimilitud a las migraciones, dado que bajan sus costes, disminuyen los riesgos inherentes al proceso migratorio y a la vez eleva los beneficios de ello, utilizándose las redes no sólo como un instrumento que facilita la inserción en la sociedad de acogida sino también en un vehículo que favorece el acceso a empleos bien remunerados.

⁶³DEVOTO, F, *Una bibliografía para las migraciones*, Ed. Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1992, pág. 67.

⁶⁴ARBAIZA VILALLONGA, M., "Estrategias familiares y Transición demográfica en Vizcaya, 1825-1930", *Tesis doctoral*, Servicio Editorial de la U.P.V/EHU, Bilbao, 1994, pág. 89.

⁶⁵HAREVEN, T., "Historia de la familia y la complejidad del cambio social", *Boletín de la Asociación de Demografía Histórica*, vol. XIII, num. 1, 1995, pág. 118.

⁶⁶MASSEY, D.S., ARANGO, J., HUGO, G., KOUAOUCHI, A., PELLERINO y A., TAYLOR, J., "Una evaluación de la teoría de la migración internacional: el caso de América del Norte". En MAZKIARAN, Mikel, *Inmigración en tiempos de crisis*, SOS Racismo, Cuaderno de trabajo (43), Bilbao, 1998, pág. 22.

Las redes migratorias, coincidiendo con MASSEY y otros⁶⁷, suponen un ahorro de costes, así como una reducción de los riesgos a la hora de emigrar, la red supone un soporte básico y fundamental a la cual el inmigrante se aferra en muchos casos como acto de supervivencia. Además, las redes migratorias generan una inercia en la dirección de los flujos migratorios, crean y sostienen vías de emigración en base a la interacción social, lo que determina el camino y trayectoria de los flujos migratorios.

Muchos de los mapas de las migraciones humanas internacionales son, en sí mismos, los mapas de las redes migratorias existentes, la existencia de estas redes dan origen en los países de flujo de una *cultura emigratoria*, que se desarrolla a medida que las redes se afianzan. Sin embargo, las redes son dinámicas y al igual que *nacen* y tienen su función, pueden *morir*, una de las causas es la saturación de la red social, donde la red deja de crecer y en algunos casos pierde su función; esto suele ocurrir cuando las circunstancias del país de origen o del país de destino cambian y el proyecto migratorio pierde valor⁶⁸. Vemos así, cómo el enfoque de las redes migratorias es sensible a las condiciones y cambios estructurales de los países de origen y destino, lo que permite comprender por qué en un determinado momento un flujo migratorio decrece o simplemente se paraliza.

Algunos autores, como GURAK Y CACES⁶⁹, han subrayado la importancia que tienen estas organizaciones informales como vehículos de información sobre el proceso migratorio, facilitadoras de documentos y de contactos con destino y amortiguadoras del choque producido por el abandono del territorio conocido y la inmersión en un nuevo mundo de relaciones. Estas redes, además, tienden a perpetuar en el tiempo la experiencia laboral de los que las formaron en primer lugar, facilitando a los recién llegados trabajos semejantes.

⁶⁷MASSEY, D.S., ARANGO, J., HUGO, G., KOUAOUCHI, A.; PELLERINO y A, TAYLOR, J, "Una evaluación de la teoría de la migración internacional...", cit., pág. 102.

⁶⁸PASCUAL, A. (Dir.), "Redes sociales de apoyo...", cit., pág. 21.

⁶⁹GURAK, D. y CACES, F, "Redes migratorias y la formación de sistemas de migración". En MALGESINI, G., *Cruzando fronteras. Migraciones en el sistema mundial*, Icaria, Barcelona, 1998, pág.76.

LOMNITZ⁷⁰ señala que el intercambio que se produce a través de las redes, concierne principalmente a información, entrenamiento y ayuda para el empleo, préstamos de dinero, alimentos y/o ropa, bienes compartidos (como vivienda) y servicios (como el cuidado de los niños mientras las madres trabajan) y el apoyo emocional y moral.

Las redes migratorias, lejos de ser homogéneas, presentan un alto grado de diversidad, al igual que las redes sociales en general, éstas funcionarán de distinta manera, según cuál sea su estructura, cómo se compongan en términos de las características individuales de los individuos que forman parte de la red e incluso, según la posición que cada individuo ocupe en ella⁷¹. Respecto a éste último aspecto, PEDONE⁷² realiza una explicación muy útil sobre el funcionamiento de las redes a partir de las relaciones de poder que se producen dentro de ellas, identificando dos tipos de relaciones de poder, una vertical y otra horizontal.

En las redes y cadenas migratorias se configuran una serie de relaciones de poder que intervienen en la selectividad de los futuros inmigrantes, en el proceso migratorio se produce toda una trayectoria socio espacial donde diferentes actores poseen el poder económico y simbólico, que en algunas ocasiones facilita el primer aterrizaje y el acceso a la vivienda y trabajo. Por lo tanto, existe una posición desigual y jerárquica de los actores dentro de la red, una desigualdad que en muchos casos supone la dependencia cuasi completa del inmigrante recién llegado respecto al líder de la red social.

Otro importante factor a considerar, que introduce PASCUAL⁷³, a parte de la estructura de las redes, es el de la heterogeneidad u homogeneidad de las relaciones sociales del inmigrante, en otras palabras, el tipo y grado de capital social del inmigrante. Una mayor heterogeneidad de las relaciones sociales se asume como un factor positivo para el inmigrante, en tanto que representa un flujo de información más rico y variado a la vez que un mayor potencial de recursos. Aquellas personas que se

⁷⁰LOMNITZ, A., *Redes Sociales, cultura y poder. Ensayo de antropología latinoamericana*, Flacso, Ciudad de México, 1998, pág.39.

⁷¹PASCUAL, A. (Dir.), "Redes sociales de apoyo...", cit., pág.21.

⁷²PEDONE, C., "Tu siempre jalas a los tuyos...", cit., pag. 24.

⁷³PASCUAL, A. (Dir.), "Redes sociales de apoyo...", cit., pág. 23.

encuentran conectadas con realidades diferentes se enriquecen, no solo por la disponibilidad de información, sino también por la amplitud de perspectivas. En concreto en relación al capital social la autora señala lo siguiente: “ *Es aceptado, que las redes migratorias constituidas como nexos que conectan migrantes, antiguos migrantes y no migrantes son una expresión de capital social que mengua las inseguridades asociadas al cambio de residencial y suaviza el proceso migratorio* ”⁷⁴.

Por otra parte, la importancia de las redes y cadenas migratorias en el proceso migratorio también dependen del grado de aceptación social y político de la inmigración por parte de la sociedad de acogida. En aquellos países donde existe una mayor aceptación de la inmigración internacional y se implementan políticas efectivas que satisfagan las necesidades básicas del inmigrante, la influencia e importancia de las redes y cadenas migratorias será menor, en tanto que el flujo migratorio se encauzará de una forma regulada.

Uno de los casos más paradigmáticos son las políticas de “*guestworkers*” en las décadas de los 60 y 70 que implementaron los países del norte de Europa, la que supuso, en cierta medida, la regulación del flujo migratorio mediante la contratación en origen. Por otra parte, en el caso holandés, concretamente en la ciudad de Ámsterdam, la localización territorial de la población inmigrante se explica por la localización de la vivienda pública, en tanto que esta población pudo acceder de forma masiva al Estado de Bienestar.

Además, la sociedad receptora tendrá distintas predisposiciones en su interacción con el recién llegado dependiendo de la etnia, la religión o el idioma, el inmigrante recién llegado no arriba ajeno a la imagen que, a priori, ya tiene conformada sobre él la población que mejor o peor lo acoge. Por lo tanto, el grado de aceptación y la imagen socialmente construida, que sobre la inmigración tiene la sociedad de acogida, influyen directamente en la capacidad de interacción social del inmigrante y, por lo tanto, en su capital social⁷⁵.

⁷⁴PASCUAL, A. (Dir.), “Redes sociales de apoyo...”, cit., pág. 22.

⁷⁵PASCUAL, A. (Dir.), “Redes sociales de apoyo...”, cit., pág. 26.

Las redes migratorias hay que entenderlas como un elemento estructural dentro del sistema mundial, no como un factor coyuntural en momentos puntuales de todo un proceso migratorio, éstas constituyen uno de los factores impulsores más importantes de las migraciones, cuyo estudio nos puede explicar, muchas veces, el sostenimiento de las tendencias migratorias aún en épocas de crisis como las que vivimos actualmente en España.

También hay que apreciar el gran impacto que causan las redes migratorias en las políticas públicas, ya que se valen de mecanismos subrepticios y muchas veces ingeniosos que escapan a los controles de los Estados, como por ejemplo, en la reunificación familiar, mediante la cual los Estados permiten el derecho de ingresar a la sociedad donde reside el inmigrante.

1.4.1 Características de las redes migratorias

En lo referente a las características de las redes migratorias tomaremos como referente la investigación de ANGELS PASCUAL que hemos mencionado en referencias anteriores, puesto que una de las principales aportaciones de dicha investigación, es la determinación de cuáles son los factores que diferencian unas redes sociales de apoyo de otras, es decir, cuáles son los factores sobre los que se fundamenta la diversidad de redes. Estos factores son la temporalidad y la nacionalidad.

Fruto del análisis realizado por PASCUAL, se observa cómo el tipo de redes sociales que tenían los inmigrantes al llegar a la ciudad de destino, difiere del tipo de redes sociales que tenían pasado un tiempo.

En la primera etapa, es decir en la llegada, se observa cómo las redes se estructuran en gran medida a través de vínculos de parentesco y de amistad, existiendo a su vez poca conexión con otras personas que no son del círculo más íntimo, círculo que además, en la mayoría de los casos, ya viene constituido desde el origen. Se observa cómo esta falta de interacción con individuos ajenos al ámbito más íntimo puede jugar en detrimento de una inserción más rápida del recién llegado en el nuevo contexto.

Una vez pasada la etapa de llegada, las redes sociales muestran otro aspecto con una mayor predominación de actores no vinculados entre ellos, así los vínculos familiares pierden cierto peso y los amigos dejan de estar tan relacionados entre ellos. Las necesidades relacionadas con la vivienda y primer apoyo material, suelen remitir pasado el primer estadio de la llegada, sin embargo, los flujos de información sobre cuestiones prácticas de vida cotidiana y del trabajo siguen siendo importantes. Se observan síntomas de una primera integración en el destino, además de una escasa continuidad de la cadena migratoria, donde desciende el número de actores, lo que supone una mayor autonomía del inmigrante así como de aquellos que componen la red social.

En relación a la nacionalidad, en la primera etapa, es decir de llegada, las aproximaciones a las redes migratorias difieren de acuerdo al lugar de origen de la persona migrada.

Así, por ejemplo, la población latinoamericana, recurre fundamentalmente a familiares, entre los que la reciprocidad en los intercambios es elevada; vienen miembros de la misma familia en poco tiempo y se ayudan todo lo que pueden entre ellos, mostrando una tendencia a la reclusión en su círculo más privado cuando se trata de solventar sus problemas asociados con la vivienda, el trabajo, la información o la cuestión material.

En el caso de los africanos, en sus redes se reflejan los procesos más comunes de su inmigración, fuertemente masculinizada, primero son los hombres quienes viajan y buscan apoyo de contactos (conocidos previamente o no) y son, en principio, poco aptos en el inicio a proporcionar ayuda a terceros; después de transcurrido un tiempo, en muchas ocasiones una vez regularizada su situación, reagrupan a su familia, en el caso que la tengan.

En el caso de los europeos, se observa una gran diferencia entre aquellos que tienen una posición económica cómoda y los que no la tienen. En el caso de los primeros, son los que menos necesidad tienen de recurrir a otros, a pesar de que en aspectos como la información sí suelen buscar apoyo, sin embargo, a la hora de acceder a una vivienda por lo general acuden a entidades privadas, como inmobiliarias o agentes

de la propiedad. En el caso de los segundos, en su mayoría de Europa del Este, el recurso de la red social es mucho mayor, la reciprocidad en los contactos es discreta, pero a su vez son los que en mayor medida consiguen emitir ayuda a los otros. Se puede decir que son un colectivo dinámico, tanto receptores como emisores de ayuda, lo que puede ser indicativo de una primera adaptación más favorable.

En la segunda etapa, la población latinoamericana se destaca por ser el grupo con redes sociales de mayor tamaño, su proceso migratorio imprime un fuerte dinamismo a las cadenas migratorias, en las que el intercambio de ayuda sigue siendo necesario para el asentamiento de comunidades con menos experiencia en el país de destino; un caso resaltante es del de los ecuatorianos, donde la familia sigue siendo vital.

En el caso de los africanos, son los menos activos como emisores de ayuda, diferenciándose significativamente de los latinoamericanos. Los marroquíes, como los europeos comunitarios, forman un colectivo cuya inmigración se inició de forma temprana (principios de los años ochenta) siendo lógico que, entre los más establecidos, su entorno social tenga también una integración más consolidada.

En caso de los europeos del Este, muestran una escasa homogeneidad interna, como ya sucedía en la primera etapa, y sorprenden con una muy baja densidad de red en comparación con africanos y latinoamericanos. Este resultado apunta a que se relacionan con sectores de población no conectados entre ellos y que, entre sus vínculos, son relativamente pocos los que están unidos por algún lazo fuerte.

Otro de los aspectos importantes, sobre los que da luz la investigación que se reseña, se refiere a la influencia del capital humano y el nivel de estudios en la tipología de las redes sociales y en su importancia. En primer lugar, de los resultados se desprende que no existen demasiadas diferencias significativas en cuanto a la estructura de la red, si bien existe una inclinación de los más preparados a tener una menor necesidad de ayuda personal y de redes, con menor participación de vínculos estrechos siendo redes menos aisladas y algo más moderadas en su actividad.

Una mejor situación en términos de capital humano, deriva en una más discreta necesidad de recurrir a las redes sociales para acceder a determinados recursos y, posiblemente, a un mayor uso de las fuentes institucionales. Igualmente, también influye el tipo de composición de la red, así, el porcentaje de españoles en la red social se va ampliando a ritmo que lo hace el nivel académico. Si bien en todos los casos prevalecen los compatriotas, en el caso de los inmigrantes que tienen nivel universitario, el número de españoles es mayor. Se observa por lo tanto, una asociación entre un mayor capital humano y un mayor capital social.

1.4.2 Tipos de Redes Migratorias

Ahondado en la idea de la diversidad de redes, a la hora de analizar sus estructuras y diversas variantes PEDONE⁷⁶ concibe las redes migratorias como estructuras que se superponen al sistema institucional de la sociedad de acogida y que funcionan y existen en virtud de éste. Plantea que el sistema institucional de poderes económicos y políticos, coexiste o se coordina con diversos tipos de estructuras no institucionales, intersticiales, suplementarias o paralelas a él. En las sociedades complejas⁷⁷ se distinguen tres categorías de instituciones paralelas: las relaciones de parentesco, las relaciones de amistad y las relaciones de patronazgo; de estas relaciones se pueden derivar desde vínculos de solidaridad, sobre todo en las relaciones de parentesco y amistad, hasta relaciones de intercambio desigual, sobre todo en las relaciones de patronazgo.

Sobreponiendo esta categorización a la redes de inmigración, podemos definir y diferenciar, por una parte, las redes sociales de ayuda, que se refieren a las relaciones de parentesco y amistad y por otra parte las redes sociales funcionales, que se refieren a las relaciones de patronazgo. En las redes sociales de ayuda se produce una organización cuasi grupal, es decir, una organización desigual, donde existe un organizador que se convierte en la figura central, pero donde en la economía de la red se

⁷⁶PEDONE, C., “Tu siempre jalas a los tuyos...”,cit., pág. 28.

⁷⁷ “Las sociedades complejas, también llamadas sociedades estatales, clasistas, altas culturas, las principales y fundamentales agrupaciones están constituidas por las divisiones de una población: clases sociales, estamentos, castas. Estas se forman de acuerdo a las diferentes relaciones sociales de producción que se desarrollan en cada una de dichas sociedad..” En BERDICHEWSKY, B., *Una visión global de la humanidad—Cover*, Lom Ediciones, Madrid, 2002, pág. 34.

sobrepone la ideología igualitaria propia de las relaciones internas de la misma⁷⁸. En las redes funcionales, por su parte, no se produce una organización cuasi grupal de estas características, sino una relación de intercambio en condiciones desiguales, donde el líder de la red se encuentra en una posición dominante.

Por otro lado, en lo referente a los tipos de redes migratorias, atendiendo a la forma en que éstas se sitúan en la sociedad podemos clasificarlas en: redes informales y redes formales. Las redes informales, son instancias de intercambio y ayuda mutua, donde no existen contratos preestablecidos y donde un factor fundamental es la ausencia de cálculo. Por su lado, las redes formales, son aquellas en las cuales el individuo, la familia o un grupo social concreto, establecen relaciones con sectores formales de la sociedad. En las redes informales implican interacciones que se producen en la familia inmediata y extensa, las amistades, vecinos y hasta miembros de la comunidad; siendo en la familia donde se establecen los primeros lazos que, originados por el parentesco y la cercanía física, darán lugar a una interacción constante de sus miembros, los cuales podrán satisfacer así sus más perentorias necesidades de subsistencia. A los parientes próximos se suman los amigos y vecinos que se encuentran cerca, y que en las familias de condiciones socioeconómicas bajas comparten el techo.

Los vínculos que establecen las personas migrantes con familiares y amigos facilitan la toma de decisiones, pues constituyen un apoyo para el traslado e inserción a los nuevos contextos territoriales. Entre las personas conocidas más importantes se encuentran familiares directos del migrante (hermanos, tíos, primos, sobrinos) y amigos.

Por su parte, las iniciativas formales se establecen a partir de mecanismos, actividades y respuestas de carácter estructurado, de naturaleza social, política y gubernamental. Potencian la experiencia migratoria en el proceso de traslado y en la incorporación a la sociedad receptora, brindan a los migrantes información, promoción y divulgación; desarrollan actividades de acompañamiento en trámites migratorios, procesos de documentación e incorporación socio jurídica de las personas migrantes en las sociedades de recepción, establecen estrategias articuladas de defensa de los

⁷⁸PEDONE, C., “Tu siempre jalas a los tuyos...”, cit., pág. 29.

derechos humanos de los migrantes; facilitando así el acceso a un conjunto de bienes comunes, simbólicos y no monetarios.

En el ámbito regional, resulta común encontrar diversos tipos de asociaciones. Entre ellas podemos destacar las asociaciones de migrantes en los lugares de destino, las organizaciones que promueven los derechos humanos a escala transnacional, las fundaciones, las denominaciones religiosas, las asociaciones de familiares de migrantes en las comunidades de origen, etc.

Como es de verse, la principal preocupación del inmigrante es resolver los problemas relacionados con su estancia en España, entre ellos regularizar su situación administrativa, conseguir los anhelados permisos de trabajo y/o residencia, encontrar y mantener el empleo, etc. Las redes de familiares, amigos y compatriotas intentan cubrir esas necesidades en la medida de sus posibilidades. Sin embargo, quienes se desplazan solos por sus propios medios y, en general, todos los extranjeros en situación irregular, al menos en algún momento del proceso migratorio, acuden a las asociaciones locales de ayuda; con el tiempo, y a medida que superan las dificultades de los primeros momentos, los inmigrados desarrollan su propia red asociativa⁷⁹.

Según DOMINGO Y VIRUELA⁸⁰, la proliferación de asociaciones y ONG de ayuda a los inmigrados ha sido paralela al fuerte incremento de la inmigración en España. Aparte de las religiosas, destacan las de colectivos profesionales, como Médicos del Mundo, o las dependientes de las organizaciones sindicales mayoritarias como la Unión General de Trabajadores -UGT y la Confederación Sindical de Comisiones Obreras-CCOO. Según los autores, algunas forman parte de entidades supranacionales como SOS-Racismo, la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) o las secciones creadas por la Cruz Roja. Otras han surgido de la colaboración entre estas organizaciones y grupos de inmigrados, como la red ACOGE que nació gracias al apoyo de Cáritas Diocesana. Muchas cuentan con profesionales contratados tales como abogados, asistentes sociales, psicólogos, médicos, etc.

⁷⁹LACOMBA, J. y DEL OLMO, N., “La inmigración musulmana y su inserción. Musulmanes en Valencia”, *Papers Sud-Nord*, N° 1, Patronat Sud-Nord, Valencia, 1996, pág. 66.

⁸⁰DOMINGO PÉREZ, C.; VIRUELA MARTÍNEZ, R., “Cadenas y redes en el proceso migratorio español”, *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, N° 94, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2001.

La mayor parte de estas organizaciones ofrecen planes de ayuda para la integración sociolaboral de los inmigrantes, los que comprenden desde el asesoramiento jurídico hasta la atención sanitaria, pasando por la información que les facilitará el acceso a los servicios de la Administración, a un centro sanitario o al mercado de trabajo. A este respecto hay que destacar la oferta de cursos de enseñanza de español y de formación o especialización profesional; la información y los servicios que ofrecen son muy importantes, ya que permiten realizar gestiones de forma totalmente gratuita a unas personas cuyo objetivo es maximizar los ahorros⁸¹. Esto diferencia a las ONG de las asociaciones propias, en las que el inmigrante paga una cuota de socio, aunque sólo sea una vez y como pago por la resolución de algún problema⁸². Por otro lado cuando las relaciones entre la trabajadora y el empleador son buenas, ésta puede ayudarle en la obtención de los permisos de trabajo y residencia.

DOMINGO Y VIRUELA⁸³ sostienen que muchos extranjeros, cuando están aquejados de problemas de salud recurren a la Cruz Roja o a los Centros de Atención Sociosanitaria a Inmigrantes (CASSIM) que Médicos del Mundo mantiene en servicio desde 1994. Coincidimos con los autores en afirmar que la existencia de estos servicios es básica para el inmigrante, ya que buena parte de las patologías observadas tienen un trasfondo de ansiedad y depresión, consecuencia del desarraigo y el desamparo que supone sustituir el entorno familiar y social originario por otro nuevo, el de la sociedad de acogida que muchas veces es desconocido e inseguro. Asimismo, Médicos del Mundo cuenta con un programa de Atención Sanitaria a prostitutas, que atiende fundamentalmente a mujeres extranjeras, la mayoría originarias del África subsahariana, y que consiste en aconsejarles en temas de salud, y de distribuirles preservativos para evitar las enfermedades de transmisión sexual.

Como hemos visto las ONG sirven de gran apoyo a los inmigrantes, en especial a los que se encuentran en España en situación irregular, tal es el caso de aquellos que huyendo de situaciones de peligro extremo para su vida e integridad física, llegan a

⁸¹COLECTIVO IOE. “Procesos de inserción y exclusión social de las mujeres inmigrantes no comunitarias”, 1996, pág. 123.

⁸²RAMÍREZ, A., *Migraciones, género e Islam. Mujeres marroquíes en España*, Agencia Española de Cooperación Internacional al Desarrollo, Madrid, 1998, pág. 289.

⁸³DOMINGO, C. Y VIRUELA, R., “Cadenas y Redes en el proceso migratorio español...”, cit., pág. 89.

España demandando asilo, la que les permite la estancia regular en el país en el que se solicita. Para ello los inmigrantes que se encuentran en esta situación pueden dirigirse a la Comisión Española de Ayuda al Refugiado-CEAR, una ONG creada en 1979 e integrada por diversas personas y organizaciones sociales, sindicales, religiosas y políticas, cuya finalidad es proteger a los refugiados; ésta se encarga de proporcionar asistencia jurídica gratuita a los solicitantes de asilo en las diversas fases del procedimiento, así como de ayudarles en temas de búsqueda de vivienda, cursos de formación y trabajo a los refugiados reconocidos como tales.

Por su parte no debemos dejar de mencionar el papel que cumplen las asociaciones religiosas en la inserción social de los inmigrantes, puesto que algunas de ellas tienen una considerable incidencia en el proceso migratorio y la integración social, especialmente en la acogida y los contactos laborales. Algunos autores como GREGORIO⁸⁴ y MARTÍNEZ VEIGA⁸⁵, aluden al tradicional papel de entidades católicas en la mediación entre empleadores y trabajadoras del servicio doméstico, y las primeras llegadas de dominicanas a España promovidas por religiosas con sedes en esa República, de manera que las inmigradas contaban con un empleo asegurado desde el lugar de origen. Aunque no se trate de una vinculación tan directa, la función de enlace para este tipo de trabajo, se detecta en congregaciones de religiosas y parroquias de muchas ciudades españolas.

Igualmente es notorio el papel de la religión en los diversos colectivos musulmanes. Por una parte, surgen las asociaciones islámicas de tipo cultural apoyadas por países árabes a través de sus embajadas⁸⁶ y por otra, la pertenencia musulmana, aunque sea bajo diferentes grados, configura una identificación social particular y también una forma de inserción en la sociedad de acogida, en la cual la figura del islam, también inmigrante, adquiere un singular relieve⁸⁷; los centros de reunión y/o de culto, sin duda, funcionan también como puntos de información y solidaridad.

⁸⁴GREGORIO, C., *Migración femenina, su impacto en las relaciones de género*, Narcea S.A. de Ediciones, Madrid, 1998.

⁸⁵MARTÍNEZ VEIGA, U., “Mercado de trabajo e inmigración. El trabajo doméstico como paradigma”, en CHECA, F. y otros (coords.), *Convivencia entre Culturas*. Signatura Demos, Sevilla, 2000.

⁸⁶LACOMBA, J.; DEL OLMO, N., “La inmigración musulmana y su inserción”, cit., pág.55.

⁸⁷LACOMBA, J., “La inmigración musulmana y el Islam institucionalizado: la figura de los imames inmigrados”, *Migraciones*, núm. 7, 2000, pág. 166.

II) LA EXTRANJERIA EN EL DERECHO ESPAÑOL

2.1 Normativa Comunitaria- La Directiva de Retorno 115/2008/CE

A manera de introducción, debemos señalar que la Unión Europea posee competencias para legislar en materia de retorno de extranjeros, así se establece en el artículo 63.3 b) que faculta al Consejo a legislar en diversas materias, entre ellas las correspondientes a inmigración y residencia ilegal, incluyendo la posibilidad de repatriación de los extranjeros en situación irregular. Con dicha norma, se dotó de facultades legislativas para dictar normas que homogenicen aspectos sancionadores de la inmigración ilegal.

En cumplimiento de las disposiciones del Tratado, se aprobó en el año 2001 el primer intento de armonización normativa en la materia: la Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo de 2001, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países, cuyo contenido era fundamentalmente equivalente al artículo 25 del Convenio de Schengen, pero que tenía por objeto completar el sistema instituido por el Convenio, permitiendo la ejecución de medidas de expulsión de extranjeros localizados en el interior de un Estado miembro con una expulsión decretada por otro Estado miembro. Posteriormente, se aprobó la Directiva 2003/110/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea, que pretendió viabilizar la expulsión de extranjeros ilegales por vía aérea.

Tras su propuesta oficial en el año 2005, con fecha de 16 de diciembre de 2008 el Parlamento Europeo y del Consejo Europeo, aprueban la Directiva 2008/115/CE *relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio*, norma comunitaria que tiene por finalidad armonizar la normativa de los Estados miembros de la Unión Europea en materia de inmigración, y más precisamente, en torno al tema de los retornos y devoluciones de inmigrantes irregulares.

2.1.1 Contenido esencial

Antes de pasar a describir algunos aspectos de la Directiva, los que han resultado sumamente controvertidos en la opinión pública, realizaremos un sucinto análisis de su contenido esencial.

La Directiva consta de 30 considerandos y 23 artículos, constituye un instrumento normativo de armonización de las medidas que los Estados miembros de la Unión Europea poseen en el tema de lo que se ha denominado, “alejamiento de los colectivos de inmigrantes irregulares”. La Directiva permite a los Estados miembros de la UE, cumplir los objetivos que ésta impone, manteniendo sus respectivos modelos de repatriación, sean éstos de naturaleza administrativa o judicial o híbridos o, en su defecto, se basen en un procedimiento de expulsión del extranjero a un tercer Estado o en un procedimiento sancionador que entrañe la sanción de prohibición de entrada⁸⁸. Sin embargo, cabe aclarar que la expulsión propiamente dicha es de competencia exclusiva de cada uno de los Estados miembros, pero en base a las normas contenidas en la Directiva y en las posteriores modificaciones que puedan adoptarse.

Según NIETO⁸⁹ : *“La directiva de retorno apunta en sentido contrario al planteado pues no solo restringe de forma desproporcionada los derechos de los extranjeros “en situación irregular”, sino que tiene también aspectos netamente punitivos”*, opinión con la que coincidimos en el extremo, como veremos en el desarrollo del análisis de la normativa, la Directiva apunta a penalizar la situación irregular de los extranjeros en Europa, siendo muy “permisiva” con la forma en la que los Estados puedan ejecutar las órdenes de expulsión, ésta ha sido muy criticada fuera del ámbito de la Unión Europea por su verticalidad y transgresión de los derechos fundamentales de los extranjeros. Tal es el caso de la Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 3/2008; de la Carta Abierta del Presidente de Bolivia del año 2008 y de la Declaración de la Asamblea Constituyente del Ecuador del

⁸⁸GONZALES S., P., “La Directiva de “retorno” y el alcance de la armonización del procedimiento de expulsión de extranjeros”, *WP IDEIR*, núm. 6, Madrid, 2011, pág.6.

⁸⁹NIETO G., L. C., “Derechos Humanos e inmigración. Europa y la Directiva de retorno”, 2009, Accesible en [:https://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/PDF%20Papeles/104/derechos_%20humanos_e%20inmigracion_directiva_retorno.pdf](https://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/PDF%20Papeles/104/derechos_%20humanos_e%20inmigracion_directiva_retorno.pdf), fecha de consulta 20 de abril de 2015.

mismo año, en las cuales se critica duramente la Directiva. De igual forma ha sido materia de críticas en el propio seno de los países europeos, mediante numerosos artículos⁹⁰ que critican el contenido de dicho instrumento normativo.

Por otro lado, es necesario acotar que la Directiva deja abierta la posibilidad de aplicar o no sus efectos a los Estados Miembros en los casos de la denominada denegación de entrada (rechazo en frontera) y devolución (relativo a la pretensión de ingresar irregularmente por la frontera de sus países), así como a los casos de comisión de delitos o supuestos de extradición⁹¹.

Debemos señalar, que el objetivo primordial de la Directiva es viabilizar la expulsión de los extranjeros que se encuentren de manera irregular en el territorio de los Estados miembros⁹²; en ese sentido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia, haciendo hincapié en que la finalidad ulterior de dicha norma comunitaria es viabilizar la expulsión⁹³. Nosotros particularmente consideramos que, en algunas ocasiones, se justifica la vulneración de derechos fundamentales de estas personas, basándose para ello en la “prioridad” de no prolongar su estancia irregular en territorio europeo y devolverlos a su país de origen⁹⁴. Asimismo

⁹⁰ Al respecto se pueden citar: “Los límites de la confusión” y “Razonada explicación” de Soledad Gallego Díaz (El País, 20 de junio de 2008), “La Comisión hará historia” y “Europa cambia de signo” de José María Ridaio (El País, 5 y 16 de junio de 2008), “Europa se blindo ante los inmigrantes” de Sami Naïr (El País, 18 de junio de 2008), “Una Directiva contra Europa” de Alfonso Egea (El Público, 19 de junio de 2008). “Contra la Directiva de Retorno” de Javier de Lucas (Le Monde Diplomatique de agosto de 2008), “De la Europa de las luces a la del apagón” de Juan Goytisolo (El País, 29 de junio de 2008); citadas en NIETO G., Luis C., “Derechos Humanos e inmigración...”, cit, 2009, pág. 45; accesible en: https://www.fuhem.es/media/cdv/file/biblioteca/PDF%20Papeles/104/derechos_%20humanos_e%20inmigracion_directiva_retorno.pdf, fecha de consulta 20 de abril de 2015.

⁹¹El artículo 2 de esta Directiva, titulado «Ámbito de aplicación», establece:

«1. La presente Directiva se aplicará a los nacionales de terceros países en situación irregular en el territorio de un Estado miembro.

2. Los Estados miembros podrán decidir no aplicar la presente Directiva a los nacionales de terceros países:

a) a los que se deniegue la entrada [...], o que sean detenidos o interceptados por las autoridades competentes con ocasión del cruce irregular de las fronteras exteriores terrestres, marítimas o aéreas de un Estado miembro [...];

b) que estén sujetos a medidas de retorno que sean constitutivas de sanciones penales o consecuencia de sanciones penales, con arreglo a la legislación nacional, o que estén sujetos a procedimientos de extradición.[...].»

⁹²GONZALES, P., “La Directiva de “retorno”...”, cit, pág. 7.

⁹³STJUE, de 6 de diciembre de 2011, *Asunto Achughbadian*, C-329/11, Rec. P. I-0000, apartado 38 y Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda), de 10 de setiembre de 2013, M. G.; N. R. y *Asunto Staatssecretaris van Veilighied en Justitie*, apartado 43.

⁹⁴STJUE (Sala Segunda), de 10 de setiembre de 2013, *Asunto M. G.; N. R. y Staatssecretaris van Veilighied en Justitie*, cuya parte resolutive establece:

el TJUE⁹⁵, ha dejado sentado que la Directiva no prohíbe la tipificación en los Estados miembros de la irregularidad administrativa como delito, ni tampoco se opone a las detenciones de extranjeros con la finalidad de determinar su situación administrativa. Sin embargo, el TJUE⁹⁶ en sendos casos ha declarado contrarias a la Directiva, las normas nacionales que prevean sanciones de pena privativas de la libertad, cuando éstas interfieran o prolonguen el procedimiento de expulsión que, según este Tribunal, debe darse con la mayor prontitud posible. Tanto es así que en una de sus sentencias⁹⁷, ha determinado que la penalización del delito de inmigración ilegal con sanción pecuniaria (multa), no es contraria a la Directiva si dicha sanción puede ser sustituida por la expulsión.

Como podemos apreciar, la tipificación de la inmigración irregular como delito, que por su naturaleza no debería constituir delito como veremos más adelante, y la consiguiente imposición de penas privativas de libertad como sanción, son aceptadas por el Tribunal de la Unión como parte de las medidas disuasorias de la inmigración ilegal. Sin embargo, si estas sanciones penales entorpecen el proceso de expulsión, dichas sanciones penales son consideradas contrarias al derecho comunitario. Como vemos en dichos casos, se proscriben las sanciones penales a la inmigración irregular, no debido a una protección de los derechos fundamentales de los extranjeros irregulares, sino porque constituirían una medida dilatoria de la expulsión, hecho que nos hace reflexionar acerca de la real naturaleza de la Directiva y de las líneas directrices de la política de inmigración de la Unión Europea.

En lo referente a la regulación de los procedimientos de expulsión por parte de los Estados miembros, la Directiva otorga la facultad para que cada Estado determine

“El Derecho de la Unión, en particular el artículo 15, apartados 2 y 6 de la Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, debe interpretarse en el sentido de que, cuando en el marco de un procedimiento administrativo se ha decidido la prórroga de una medida de internamiento con vulneración del derecho a ser oído, el juez nacional competente para apreciar la legalidad de esa decisión sólo puede ordenar el levantamiento de la medida de internamiento si estima, a la vista de todas las circunstancias de hecho y de derecho de cada caso concreto, que esa vulneración ha privado efectivamente a quién la invoca de la posibilidad de ejercer mejor su defensa, en tal grado que ese procedimiento administrativo hubiera podido llevar a un resultado diferente.”

⁹⁵STJUE, de 6 de diciembre de 2011, *Asunto Achughbadian*, C-329/11, Rec. P. I-0000, apartados 28 y 29.

⁹⁶STJUE, de 28 de abril de 2011, *Asunto El Dridi*, C-61/11 PPU y Sentencia de 6 de diciembre de 2011, *Achughbadian*, C-329/11, Rec. P. I-0000.

⁹⁷STJUE, de 6 de diciembre de 2012, *Asunto M.d Sagor*, C-430/11, apartados 31-42.

sus procedimientos de expulsión, pero dentro de los límites establecidos por la Directiva. Dicho precepto es ratificado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto *El Dridi*, señalando que, si bien es cierto, que la Directiva otorga a los Estados la potestad de regular disposiciones más favorables para los extranjeros, siempre que no se opongan a los fines de la Directiva, dicha normativa comunitaria no permite que los Estados apliquen normas más severas en el ámbito que regula⁹⁸.

Según MOYA⁹⁹, si bien es cierto que la Directiva permite que los Estados mantengan sus modelos y principios en lo referente a su política migratoria, posee a su vez un contenido mínimo que uniformiza las medidas a nivel de todos los Estados Miembros, con la finalidad de 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 circulen libremente entre los Estados Miembros, sin trámites adicionales (principio de “equiparabilidad”). El autor indica que si analizamos el retorno contemplado en dicha Directiva, podemos colegir que, en primera instancia, se trata de un procedimiento de restitución del extranjero a un tercer Estado de origen, debido a su estancia irregular en un Estado miembro, y no necesariamente como un procedimiento sancionador.

En efecto MOYA parecería tener razón, dado que si analizamos el contenido del artículo 9, el cual impone sanción de prohibición de entrada de manera obligatoria cuando se haya incumplido la orden de salida o no se le haya ofrecido la posibilidad de ejecución voluntaria de su salida al inmigrante, podríamos deducir que en primera instancia no se pretende sancionar al inmigrante irregular. La norma establece que la aplicación de la imposición de prohibición de entrada, es atribución exclusiva de cada Estado; por su parte el artículo 4.4 tampoco impone obligatoriamente la sanción de prohibición de entrada en los casos de retorno en la frontera.

La Directiva, en lo referente a la ejecución de la decisión de expulsión, contempla que la decisión de retorno debe establecer un plazo adecuado, cuya duración oscilará entre siete y treinta días, para la salida voluntaria del nacional de fuera de la UE

⁹⁸STJUE, de 28 de abril de 2011, Asunto *El Dridi*, C-61/11 PPU, apartado 33.

⁹⁹MOYA, D., “La nueva directiva de retorno y la armonización comunitaria de las medidas de alejamiento de extranjeros”, *ReDCE*- julio-diciembre 2008, pág. 129.

en situación irregular. Los países de la UE pueden disponer que este plazo se conceda únicamente a petición del nacional en cuestión¹⁰⁰, este plazo de salida voluntaria puede prorrogarse en circunstancias especiales. Asimismo, los países de la UE pueden imponer determinadas obligaciones al nacional de fuera de la UE durante este plazo para evitar el riesgo de fuga; de existir este riesgo, o si el ciudadano extracomunitario ha presentado una solicitud de permanencia fraudulenta, o en su defecto si la persona de que se trate representa un riesgo para el orden público o la seguridad nacional, el país de la UE podrá conceder un periodo inferior a siete días o no conceder ningún periodo.

Debemos señalar, que la opción de salida voluntaria contemplada en la Directiva trae como consecuencia, de producirse la salida voluntaria del territorio europeo por parte del extranjero en el plazo otorgado para ello, que no se le imponga una sanción de prohibición de entrada, esta medida otorga al extranjero una vía que le permite, una que vez haya retornado a su país de origen, encontrar la posibilidad legal de retornar al país europeo donde estuvo residiendo irregularmente; obteniendo con ello la oportunidad de retomar un proyecto de vida que muchas veces se ve frustrado por la irregularidad administrativa en la que incurren los inmigrantes. La medida de prohibición de entrada, o también llamada de “reingreso”, puede ser aplicada con una duración máxima de 5 años, salvo los casos en los cuales, por seguridad pública o nacional, sea necesario imponer un plazo más elevado.

Por otro lado, continuando con el análisis de los principios constitutivos de la Directiva, debemos señalar que en ella se reconocen principios de tutela de los derechos fundamentales, como es el caso de la naturaleza y solidez de las relaciones familiares en el Estado miembro retornante, la duración de su permanencia en dicho Estado, los vínculos familiares o culturales y sociales con su país de origen, el interés superior del niño si se tratara de menores, etc. Asimismo, reconoce los derechos fundamentales, en especial los derivados de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, puesto que parece que en cuanto al espíritu de la Directiva, se estaría intentando presentarla como una normativa respetuosa de los Derechos Humanos. Sin embargo, sin ánimos de exhaustividad, en las líneas posteriores daremos algunos ejemplos de que su

¹⁰⁰Como es de verse la Directiva en este punto al igual que en el plazo de internamiento en los CIE, otorga la facultad a los Estados a que ellos decidan si se concede o no un periodo de salida voluntario, el cual puede ser concedido oficio o sólo a pedido del extranjero.

contenido está muy lejano de respetar los derechos fundamentales de los inmigrantes ilegales.

2.1.2 Aspectos controvertidos.

a) Expulsión e internamiento de menores no acompañados

En primer término debemos recalcar que existen instrumentos normativos internacionales que otorgan una protección reforzada a los menores, con la finalidad de dotarlos de mayor protección dada su mayor vulnerabilidad. Entre ellos debemos mencionar la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que en su artículo 2º obliga a los Estados parte a respetar los derechos incorporados a la misma asegurando su aplicación sin distinción alguna de raza u origen nacional. Asimismo, se hace hincapié, en el artículo 3º del principio de “interés superior del niño”, que debe superponerse a cualquier otra medida que pueda vulnerar directa o indirectamente sus derechos. Por otro lado, tenemos la Carta Europea de Derechos Fundamentales que establece que “en todos los actos relativos a los niños llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del niño constituirá una consideración primordial”¹⁰¹.

Pero al parecer la Directiva Europea de Retorno no sería lo suficientemente respetuosa de los instrumentos normativos antes citados. El primer punto a analizar está referido a la expulsión e internamiento de menores no acompañados (MENAS). Si revisamos el artículo 10 de la Directiva se establece que:

“1. Antes de dictar una decisión de retorno respecto de un menor no acompañado, se concederá la asistencia de los servicios pertinentes distintos de las autoridades encargadas de la ejecución del retorno, teniendo debidamente en cuenta el interés superior del niño.

¹⁰¹ Artículo 24ª de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales.

2. *Antes de expulsar del territorio de un Estado miembro a un menor no acompañado, las autoridades de ese Estado miembro se cerciorarán de que será entregado a un miembro de su familia, a un tutor designado o a unos servicios de acogida adecuados en el Estado de retorno.*”

Como podemos apreciar, coincidiendo con SÁNCHEZ¹⁰², la redacción de este precepto es ambigua, pues en el primer apartado se habla de una asistencia al menor de los servicios pertinentes, pero no se precisa cuáles son éstos ni sus características y se hace referencia al interés superior del niño, sin mayores precisiones. Por su parte, si revisamos el apartado segundo, podemos colegir que al parecer los menores no se beneficiarían de la protección integral que les otorga la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁰³, dado que según esta norma los menores extranjeros que se encuentren en situación de no acompañados, vale decir que no cuenten con un familiar adulto que los tenga a su cargo, pueden ser expulsados como adultos, en violación del principio fundamental del interés superior del niño establecido por la Convención¹⁰⁴. Asimismo, en la norma analizada no se precisa de manera alguna la forma en la cual el Estado miembro se cerciorará de que el menor en efecto será entregado a un miembro de su familia, a un tutor o a servicios de acogida adecuados en el Estado de origen; lo cual evidencia una falencia grave en este aspecto.

Por otro lado, en lo referente al retorno podríamos pensar que no habría mayores inconvenientes, pero cuando se habla de Estado de retorno, la Directiva no se refiere necesariamente al Estado de origen de los menores, sino que dependiendo del caso específico, se puede referir a los denominados países en tránsito. Nuestra afirmación se ve reforzada si revisamos el Glosario de la Comisión Europea, en lo que corresponde a su portal de inmigración, en la cual se conceptualiza el retorno forzoso como:

“Retorno forzoso

¹⁰² SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, A., “Inmigración y derechos humanos en la UE. Análisis de la Directiva 2008/115/CE”, *Persona y Derecho*, Vol 68- I, Madrid, 2013, pág. 174.

¹⁰³ Convención sobre los Derechos del Niño Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989.

¹⁰⁴ <http://www.madrimasd.org/blogs/migraciones/2008/06/16/94736>, fecha de consulta 12 de marzo de 2013.

Regreso obligatorio de una persona a su país de origen, un país de tránsito o un tercer país (país de retorno) motivado por una orden administrativa o judicial¹⁰⁵”.

En ese caso, cabe preguntarnos ¿Hasta qué punto estos países de tránsito otorgarán garantías de integridad física y moral a los menores? Lamentablemente, la respuesta no sería la esperada, más aún si algunos de esos países pueden ser Estados como Marruecos o Libia, en los cuales existen serias dudas sobre el respeto a los derechos humanos. Coincidiendo con PÉREZ¹⁰⁶, la existencia en dichos países de un régimen de garantías homologable al marco del CEDH es dudosa. De igual forma, cabe dudar de la capacidad y competencia de las instituciones comunitarias para llevar a cabo un seguimiento del retornado y su status jurídico posterior al retorno.

Por otro lado nos encontramos ante la posibilidad de internamiento de los menores no acompañados, con la finalidad de lograr su expulsión. Al respecto el artículo 17 de la Directiva establece:

“1. Los menores no acompañados y las familias con menores sólo serán internados como último recurso y ello por el menor tiempo posible.

2. A las familias internadas en espera de expulsión se les facilitará alojamiento separado que garantice un grado adecuado de intimidad.

3. Se dará a los menores internados la posibilidad de participar en actividades de ocio, incluidos juegos y actividades recreativas adecuados a su edad, y, dependiendo de la duración de su estancia, tendrán acceso a la educación.

4. A los menores no acompañados se les facilitará, en la medida de lo posible, alojamiento en instituciones con personal e instalaciones que tengan en cuenta las necesidades propias de su edad.

¹⁰⁵ http://ec.europa.eu/immigration/glosario_es; fecha de consulta 06/11/2016.

¹⁰⁶ PÉREZ SOLA, N., “La Directiva de Retorno y la involución en la Europa de los derechos”, Universidad de Jaén, Jaén, 2008; accesible en: <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/download/25/23>; fecha consulta: 06/11/2016.

5. *El interés superior del niño deberá ser una consideración de primer orden en el internamiento de los menores en espera de expulsión*”.

Como vemos, si bien es cierto se establece que solo serán internados como último recurso, dicho dispositivo abre tal posibilidad. Además, existen términos poco claros en la norma que dejarían en indeterminación ciertos aspectos del cuidado de preservación del interés superior del niño en la aplicación de la medida de internamiento¹⁰⁷, tales como “*dependiendo de la duración de su estancia*” del art. 17.3 para referirse al derecho a la educación de los menores de edad o, “*en la medida de lo posible*” del art. 17.4, para referirse al derecho a contar con establecimientos aptos para menores.

b) Solicitantes de asilo

Continuando con el análisis hemos querido abordar el tema de los solicitantes de asilo. Al respecto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha destacado que el internamiento a efectos de expulsión, regulado por la Directiva 2008/115, y la detención de un solicitante de asilo están sujetos a regímenes jurídicos diferentes¹⁰⁸ en virtud de las Directivas 2003/9¹⁰⁹ y 2005/85¹¹⁰ y a las disposiciones nacionales aplicable. Sin embargo, se han producido casos en los cuales un inmigrante irregular, al cual se le ha iniciado un procedimiento de retorno dentro del marco de la Directiva 2008/115, ha solicitado posteriormente asilo, situación en la que el Tribunal ha resuelto señalando que, mientras no se resuelva definitivamente la solicitud de asilo, la Directiva 2008/115 no es aplicable, por lo que se suspenden sus efectos y por ende el procedimiento de retorno que se hubiere iniciado, haciéndose hincapié en que dicho procedimiento no debe archivarse, dado que puede ser continuada si la solicitud de asilo es desestimada¹¹¹.

¹⁰⁷ SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, A., *Inmigración y derechos humanos en la UE...*, cit., pág. 174.

¹⁰⁸ STJUE, de 30 de noviembre de 2009 [TJCE 2009, 365], *Asunto Kadzoev*, C-357/09 PPU, Rec. p. I-11189, apartado 45.

¹⁰⁹ Directiva 2003/9/CE del Consejo, de 27 de enero de 2003 (LCEur 2003, 263), por la que se aprueban normas mínimas para la acogida de los solicitantes de asilo en los Estados miembros.

¹¹⁰ Directiva 2005/85 (LCEur 2005, 2815) que tiene por objeto establecer normas mínimas para los procedimientos de concesión o retirada del estatuto de refugiado.

¹¹¹ STJUE, de 30 de mayo de 2013, (TJCE 2013/143), *Asunto Mehmet Arslan contra Policie CR*, Krajske reditelství policie Usteckého kraje, odbor cizinecké policie, C-534-11, apartado 60.

Asimismo, se ha pronunciado afirmando, con respecto a la posibilidad de internamiento de un solicitante de asilo, que en atención a lo establecido en el artículo 7, apartado 3 de la Directiva 2003/9¹¹², es posible mantener internado a un solicitante de asilo, máxime si de los antecedentes y circunstancias del caso, se puede colegir que dicha solicitud tiene como finalidad obstruir el procedimiento de retorno y frustrar la expulsión¹¹³. Según el Tribunal, no debe recortarse la potestad de los Estados de ejecutar la finalidad de la Directiva 2008/115, por ello si se dispusiera la puesta en libertad de todos los extranjeros irregulares que solicitan asilo, dicha Directiva perdería efectividad¹¹⁴.

c) Internamiento en Centros Especializados de detención

Otro tema controvertido, y que muestra que la naturaleza de la Directiva no es precisamente tutelante de los Derechos Humanos, es el referido a la detención e internamiento de los extranjeros contemplada en la Directiva¹¹⁵, que autoriza a los Estados miembros a detener e internar en Centros de Internamiento, a los extranjeros que sean objeto de procedimientos de expulsión.

La Directiva, en el apartado 13 de su exposición de motivos, establece que "Debe supeditarse expresamente el uso de medidas coercitivas a los principios de proporcionalidad y eficacia por lo que se refiere a los medios utilizados y a los objetivos perseguidos". Asimismo, en su apartado 16 contempla que "El recurso al internamiento a efectos de expulsión se debe limitar y supeditar al principio de proporcionalidad por lo que se refiere a los medios utilizados y a los objetivos perseguidos. Solo se justifica el internamiento para preparar el retorno o llevar a cabo el proceso de expulsión, y si la aplicación de medidas menos coercitivas no es suficiente".

¹¹²Artículo 7°.-

“...3. Cuando ello resulte necesario, por ejemplo por motivos jurídicos o de orden público, los Estados miembros podrán confinar a un solicitante de asilo en un lugar determinado de conformidad con su legislación nacional...”.

¹¹³STJUE, de 30 de mayo de 2013, (TJCE 2013/143), *Asunto Mehmet Arslan contra Policie CR*, Krajske reditelství policie Usteckého kraje, odbor cizinecké policie, C-534-11, cit., apartado 63.

¹¹⁴STJUE, de 6 de diciembre de 2011 [TJCE 2011, 390] , *Asunto Achughbadian*, C-329/11, Rec. p. I-0000, apartado 30.

¹¹⁵Artículo 15 (apartados 1, 4, 5 y 6) de La Directiva.

El apartado 1¹¹⁶ del artículo 15, abre la posibilidad de que los Estados Miembros puedan disponer el internamiento de inmigrantes ilegales con la finalidad de materializar la expulsión de su territorio, especificando dos supuestos de hecho para ello: 1) el riesgo de fuga¹¹⁷ y 2) que el inmigrante evite o dificulte la preparación del proceso de retorno o expulsión. Sin embargo, esos dos supuestos no son los únicos en los cuales es aplicable el internamiento, dado que la redacción del artículo consigna la palabra “especialmente”, es decir, que no sólo en dichos supuestos se puede disponer el internamiento de extranjeros, sino que abre sutilmente un abanico de posibilidades a los Estados miembros para que, de acuerdo a sus “prioridades”, pueda privarse de la libertad a una persona, que lejos de cometer un delito ha incurrido únicamente en una falta administrativa.

Por su parte el apartado 2¹¹⁸ de dicho artículo, contempla que el internamiento podrá ser ordenado por autoridades administrativas o judiciales, lo cual resulta ciertamente vulneratorio de las garantías jurídicas y procesales de una medida de tal naturaleza; vale decir que el derecho fundamental a la libertad individual de una persona, puede ser restringida por una autoridad administrativa. Esta privación de libertad, según los términos de la Directiva, puede prolongarse hasta dieciocho meses como veremos más adelante. Al respecto CERIANI señala que la Directiva llama internamiento, a un acto que por su naturaleza jurídica y los efectos de la misma, constituye a todas luces una privación de libertad. Según el autor: “*el uso eufemístico de*

¹¹⁶Artículo 15: Internamiento:

1. Salvo que en el caso concreto de que se trate puedan aplicarse con eficacia otras medidas suficientes de carácter menos coercitivo, los Estados miembros podrán mantener internados a los nacionales de terceros países que sean objeto de procedimientos de retorno, únicamente a fin de preparar el retorno o la ejecución del proceso de expulsión, especialmente cuando:

- haya riesgo de fuga, o
- el nacional de un tercer país afectado evite o dificulte la preparación del proceso de retorno o expulsión.

¹¹⁷Conforme al art. 3.7 de la Directiva de Retorno se entiende por "riesgo de fuga, la existencia de motivos en un caso concreto que se basen en criterios objetivos definidos por ley y que hagan suponer que un nacional de un tercer país sujeto a procedimientos de retorno pueda fugarse".

¹¹⁸2. El internamiento será ordenado por las autoridades administrativas o judiciales.

El internamiento será ordenado por escrito indicando los fundamentos de hecho y de derecho.

Cuando el internamiento haya sido ordenado por una autoridad administrativa, los Estados miembros:

- a) Establecerán un control judicial rápido de la legalidad del internamiento, que deberá llevarse a cabo lo más rápido posible desde el comienzo del internamiento, o
- b) Concederán al nacional de un tercer país de que se trate el derecho de incoar un procedimiento para que se someta a control judicial rápido la legalidad de su internamiento, que deberá llevarse a cabo lo más rápido posible desde la incoación del procedimiento. En este caso, los Estados miembros informarán inmediatamente al nacional de un tercer país de que se trate sobre la posibilidad de incoar dicho procedimiento.

la terminología no sólo oculta esa realidad sino que acrecienta las sospechas sobre las intenciones declaradas y los motivos reales de la Directiva”¹¹⁹.

Si bien es cierto que se contempla también el control judicial de las medidas de internamiento, en el caso de que hayan sido ordenadas por autoridad administrativa, consideramos que dicho control puede resultar cuando menos insuficiente, al no haber sido materia de un proceso judicial previo donde pueda conocerse al detalle las circunstancias de la situación del extranjero. Al respecto SÁNCHEZ¹²⁰ sostiene que el control judicial es una garantía fundamental para comprobar el cumplimiento de las condiciones del internamiento, y que por dicha razón es indispensable determinar cuándo y cómo se debe realizar dicho control; asimismo sostiene que la Directiva tiene términos imprecisos como “control judicial... lo más rápidamente posible”, “intervalos razonables” o “control rápido”, los cuales no permiten un control efectivo que tutele el derecho a la libertad de dichas personas.

De igual forma, la Directiva no contempla expresamente el derecho a ser oído, ni las consecuencias que se derivarían de su vulneración, a pesar de que en la Carta Europea de Derechos Humanos y en reiterada Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹²¹ se establece que el derecho de defensa, que comprende a su vez el derecho a ser oído y el derecho a acceder al expediente, figura entre los derechos fundamentales que forman parte integrante del ordenamiento jurídico de la Unión Europea. Dicha falta de regulación de la Directiva es puesta de manifiesto en Jurisprudencia de este máximo Tribunal Europeo¹²².

Continuando con el análisis, podemos apreciar que el apartado 4¹²³ del citado artículo 15 versa acerca del supuesto de liberación del extranjero, donde nuevamente

¹¹⁹CERIANI, C. P., “La Directiva de retorno de la Unión Europea: apuntes críticos desde una perspectiva de derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile*, Santiago de Chile, 2009, pág. 87.

¹²⁰SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, A., *Inmigración y derechos humanos en la UE...*, cit.; pág. 171.

¹²¹STJUE (Sala Segunda), de 10 de setiembre de 2013, Asunto *M. G.; N. R. y Staatssecretaris van Veilighied en Justitie*, apartado 32; sentencia de 18 de julio de 201, *Asunto Comisión y otros/kadi*, C-584/10 P, C-593/10 P et C-595/10 P, apartados 98 y 99.

¹²²STJUE (Sala Segunda), de 10 de setiembre de 2013, *Asunto M. G.; N. R. y Staatssecretaris van Veilighied en Justitie*, apartado 31.

¹²³4. En el momento en que parezca haber desaparecido la perspectiva razonable de expulsión, bien por motivos jurídicos o por otras consideraciones, o que hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas

nos encontramos ante una redacción ambigua, o cuando menos no clara, cuando nos señala que: “*parezca haber desaparecido la perspectiva razonable de expulsión*”, es decir podríamos interpretar que se trata de los casos en los cuales la expulsión sería materialmente imposible por diversos motivos. Sin embargo, esta redacción poco clara podría conllevar a que en ciertos casos los Estados miembros, al considerar que “no parece” haber desaparecido la perspectiva “razonable” de expulsión, puedan mantener privado de su libertad al extranjero por el tiempo máximo que establece la Directiva (seis meses, ampliable a doce meses más por ciertas causales)¹²⁴.

Asimismo, el apartado 5¹²⁵ establece que el internamiento se mantendrá mientras persistan las condiciones establecidas en el apartado 1, es decir, nuevamente nos remite a una norma ambigua, pues, como hemos visto, no sólo se trata de los supuestos descritos en ella sino de otros que el Estado miembro pueda considerar pertinente. Además en dicho apartado se establece un tiempo máximo de internamiento de seis meses, otorgando la potestad a cada Estado miembro de regular dicho periodo máximo dentro del límite máximo fijado por la Directiva. Al respecto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha dictaminado que la duración máxima prevista en la Directiva tiene como finalidad limitar la privación de libertad de los extranjeros irregulares que se encuentren en situación de expulsión forzosa¹²⁶. De igual forma el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado, sosteniendo que el principio de proporcionalidad obliga a que la privación de libertad de un extranjero irregular no se prolongue durante un periodo de tiempo desmedido, vale decir que no exceda el periodo de tiempo necesario para lograr la expulsión¹²⁷, cumpliendo de esa manera una de las Directrices¹²⁸ que sobre el retorno forzoso fuera adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa en el año 2005. Por nuestra parte

en el apartado 1, dejará de estar justificado el internamiento y la persona afectada será liberada inmediatamente.

¹²⁴ 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*, N° 6 (2011), págs. 1-16.

¹²⁵ El internamiento se mantendrá mientras se cumplan las condiciones descritas en el apartado 1 y sea menester garantizar que se lleve efectivamente a cabo la expulsión. Cada Estado miembro fijará un período limitado de internamiento, que no podrá superar los seis meses.

¹²⁶ STJUE de 28 de abril de 2011, *Asunto Kadzoev*, C-357/09 PPU, Rec. P. I-11189, apartado 56 y STJUE, *Asunto El Dridi*, C-61/11 PPU, apartado 43.

¹²⁷ STJUE de 29 de enero de 2008, *Asunto Saadi c. Reino Unido*, apartados 72 y 74.

¹²⁸ Directriz octava de las “Veinte directrices sobre el retorno forzoso”, adoptadas el 4 de mayo de 2005 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa, que señala que toda privación de libertad previa a la expulsión debe ser lo más breve posible.

consideramos que el periodo de seis meses resulta excesivo y altamente vulneratorio de los derechos humanos de los extranjeros. Cabe indicar que es gracias a la aprobación de dicha Directiva, que España modificó el periodo máximo de internamiento de 40 a 60 días, a través de la promulgación del Nuevo Reglamento de Extranjería en el año 2011¹²⁹.

De igual forma, queremos hacer hincapié en el apartado 6¹³⁰, pues consideramos que constituye una norma escandalosa y altamente vulneratoria de los derechos humanos, dado que contempla la posibilidad de prolongar el internamiento de los extranjeros irregulares por doce meses adicionales, es decir, que en ciertos casos un inmigrante ilegal podría ser privado de su libertad por un periodo ininterrumpido de 18 meses, lo cual ha servido de base para que dicha Directiva Europea sea denominada por algunos sectores como la “Directiva de la Vergüenza¹³¹”.

Asimismo, la aprobación de la Directiva ha generado el rechazo formal de organizaciones internacionales como es el caso del MERCOSUR¹³², Caritas de América

¹²⁹“Artículo 246- Ejecución de la resolución en el procedimiento de expulsión

3. (...Transcurrido dicho plazo sin que el extranjero haya abandonado el territorio nacional, los funcionarios policiales competentes en materia de extranjería procederán a su detención y conducción hasta el puesto de salida por el que haya de hacerse efectiva la expulsión.

Si la expulsión no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas desde el momento de la detención, el instructor o el responsable de la unidad de extranjería del Cuerpo Nacional de Policía ante la que se presente el detenido podrá solicitar de la autoridad judicial el ingreso del extranjero en los centros de internamiento establecidos al efecto.

El periodo de internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para ejecutar la expulsión, que no podrá prolongarse en ningún caso más allá de sesenta días, o hasta que se constate la imposibilidad de ejecutarla en dicho plazo. No podrá acordarse un nuevo internamiento sobre la base del mismo expediente de expulsión...”).

¹³⁰6. Los Estados miembros sólo podrán prorrogar el plazo previsto en el apartado 5 por un periodo limitado no superior a doce meses más, con arreglo a la legislación nacional, en los casos en que, pese a haber desplegado por su parte todos los esfuerzos razonables, pueda presumirse que la operación de expulsión se prolongará:

- Debido a la falta de cooperación del nacional de un tercer país afectado, o;
- Por demoras en la obtención de la documentación necesaria que deban expedir terceros países.

¹³¹Denominada así por amplios sectores sociales como es el caso de UGT, el mismo que en una publicación de fecha 20 de junio de 2008, publicada en la web www.nodo50.org, hace hincapié en dicha denominación. De igual forma ONG como, Amnistía Internacional, CEAR, Ferrocarril Clandestino, Andalucía Acoge, entre otras resaltan el carácter “vergonzoso” de la Directiva.

¹³²En la reunión cumbre celebrada en Tucumán- Argentina, con fecha 01 de julio de 2008, los mandatarios de Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay, Venezuela, Bolivia, Chile, Ecuador, Perú y Colombia- han suscrito una declaración conjunta en la que manifiestan su "rechazo" formalmente y reivindican los positivos aportes de los emigrantes latinoamericanos a los países europeos. Para mayor abundamiento véase:

<http://www.rtve.es/noticias/20080701/cumbre-mercosur-muestra-rechazo-directiva-retorno/110210.shtml>, fecha de consulta: 04/12/2013.

Latina¹³³, entre otras. Como dato importante cabe indicar que, gracias a la puesta en vigencia de la Directiva de Retorno Europea, algunos países han modificado su legislación, incrementando el plazo máximo de detención de inmigrantes en situación irregular; tal es el caso de Grecia que ha incrementado el periodo máximo de tres a seis meses, de Italia de dos a seis meses, el de Francia de 32 a 45 días y, como hemos mencionado, el de España que pasó de 40 a 60 días.

Por otro lado, debemos aclarar que la existencia de unos plazos máximos de internamiento fijados por la Directiva no debe conducirnos a error, dado que son los Estados los que deben fijar el plazo máximo de detención e internamiento aplicables en su territorio; es decir la Directiva no impone la obligación de que los Estados miembros transpongan dichos plazos de privación de libertad para el extranjero. Así, los Estados, a la vista de su propio marco constitucional y legal, pueden imponer un plazo menor al que recoge la Directiva, como regulación más favorable a los derechos del extranjero admisible según el apartado 3 del artículo 4 de la Directiva¹³⁴. Este sería el caso español, donde el art. 17.1 CE en conexión con los arts. 24 y 25 CE, han sido interpretados por el Tribunal Constitucional en el sentido de que el internamiento de extranjeros debe someterse a control judicial y no debe prolongarse más allá de un plazo razonable, que el Tribunal fijó en 40 días no prorrogables en aplicación analógica del plazo establecido por el Convenio del Consejo de Europa sobre Extradición, para este tipo de procedimientos¹³⁵. Debemos recalcar que el Estado español no goza de un margen excesivamente amplio para modificar los plazos de duración de la detención preventiva, pues si los alarga extremadamente puede vulnerar la Constitución que, según el Tribunal Constitucional, en este punto mantiene un estándar de protección más elevado que los de la Directiva. Como podemos apreciar, la Directiva no vulnera la Constitución pues permite un plazo nacional inferior al máximo fijado en la misma.

¹³³Con fecha 21 de julio de 2008, las Cáritas de América Latina y el Caribe han difundido un comunicado conjunto en el que rechazan con firmeza la Directiva Europea sobre Retorno aprobada por el Parlamento Europeo el pasado 18 de junio y denuncian la tendencia a criminalizar las migraciones. añaden, "es contraria a un sistema migratorio global, seguro, humano y coherente con los Derechos fundamentales de la persona humana". Para mayor abundamiento véase: <http://www.zenit.org/es/articulos/las-caritas-de-america-latina-rechazan-directiva-europea-sobre-retorno>, fecha de consulta: 04/12/2013.

¹³⁴Artículo 4º.- Disposiciones más favorables

"...3. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones que sean más favorables para las personas a quienes se aplica, a condición de que tales disposiciones sean compatibles con la presente Directiva.

¹³⁵Argumento contenido en la STC 115/1987, de 7 de julio, en el recurso de inconstitucionalidad contra el art. 26 LO 7/1985. Cabe aclarar que como hemos manifestado, en la actualidad el plazo máximo de detención ha sido ampliado a 60 días.

En lo referente a los lugares y las condiciones del internamiento, de conformidad con la situación administrativa de las personas objeto de la medida, el apartado 1 del artículo 15 establece que "*El internamiento se llevará a cabo en centros de internamiento especializados*", aunque por cuestión de espacio pueden derivarse a un centro penitenciario en régimen separado de los presos ordinarios.

El apartado 17 de la exposición de motivos establece que: "Debe darse a los nacionales de terceros países en régimen de internamiento un trato digno y humano que respete sus derechos fundamentales y se ajuste al Derecho internacional y nacional" y el artículo 14 afirma que los Estados miembros deben garantizar "en la medida de lo posible [...] a) mantenimiento de la unidad familiar con los miembros de la familia presentes en su territorio, b) prestación de atención sanitaria de urgencia y tratamiento básico de enfermedades, c) acceso para los menores, en función de la duración de su estancia, al sistema de enseñanza básica; d) consideración hacia las necesidades especiales de las personas vulnerables". Por su parte, los apartados 2 y 4 del artículo 16, garantizan el contacto con sus representantes legales, autoridades consulares competentes y organismos u organizaciones no gubernamentales que pueden visitar el centro. Igualmente, en el apartado 5 del artículo 16 se contempla el derecho a ser informados de forma sistemática tanto sobre las normas del centro, como de sus derechos y obligaciones. Asimismo en el apartado 3 del artículo 15 se contempla el derecho a solicitar revisión de la medida de internamiento de manera periódica.

Al respecto cabe resaltar que, pese a las disposiciones comunitarias relacionadas con los centros de internamiento y sus condiciones y características, en España, como veremos más adelante, la regulación de los centros penitenciarios y las condiciones en la que se lleva a cabo la reclusión de los internos, son en muchos casos mejores que las de los CIE, situación que no dista mucho de las condiciones de los centros de internamiento de otros países europeos, que también dejan mucho que desear¹³⁶.

¹³⁶Para mayor abundamiento revisar "*The Europeanization of national asylum and alien laws in Cyprus, Italy and Spain: detention and detention centres for foreigners vs. the Return Directive*", desarrollado por Borderline Europe (Alemania) en colaboración con KISA, Borderline Sicilia (Italia), Andalucía Acoge y Mugak/SOS Racismo (España) dirigida a recoger y difundir informaciones así como sensibilizar sobre las condiciones de detención y los mecanismos de expulsión en estos países. Asimismo se puede revisar:

Como podemos apreciar la Directiva de Retorno Europea resulta ser muy controvertida, posee un carácter muy marcado de represión de la inmigración irregular; tal es así que en su contenido utiliza términos inmigrantes “ilegales” o “lucha contra la inmigración ilegal”, cuyo uso reiterado en la política de la Unión Europea respecto de países de origen y tránsito de migrantes del concepto “ilegal”¹³⁷ ha sido cuestionado por numerosos actores sociales y políticos, inclusive en el seno del propio Consejo de Europa¹³⁸. Como lo advirtió en su momento CHUECA¹³⁹, la identificación de derechos humanos con derechos de los “ciudadanos de la Unión Europea”, podía conducir a la violación del principio de igualdad y otros derechos fundamentales. He aquí uno de los cuestionamientos más trascendentales del presente trabajo que intentaremos clarificar a lo largo de la investigación.

2.2 Normativa española en materia de extranjería

2.2.1 Algunos alcances acerca de las competencias en materia de extranjería

En primer lugar cabe señalar que según lo establecido en el artículo 149.1.2 de la Constitución Española¹⁴⁰, es el Estado quien posee competencia exclusiva y excluyente en materia de inmigración, extranjería y derecho de asilo, por lo tanto al encontrarse contemplado así en nuestra Carta Magna, las Comunidades Autónomas no tendrían competencia en materia de extranjería e inmigración. Sin embargo existe un amplio debate sobre este punto, dado que existen prestaciones y políticas de integración que prestan las CCAA a los inmigrantes, tal es el caso, entre otras de los servicios de asistencia social.

MIGREUROP, “Campaña de visitas parlamentarias por un derecho de fiscalización sobre los lugares de confinamiento de extranjeros -del 7 al 31 de marzo 2011. Conclusiones generales de la campaña y resúmenes de cada visita”, de fecha 15 abril 2011.

¹³⁷DE LUCAS, J., “Cómo introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración”, en MIRAUT MARTÍN. L (ed). *Justicia, Migración y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 24.

¹³⁸ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA. Human rights of irregular migrants. Resolución 1509, del 27 de junio de 2006, párr. 7.

¹³⁹CHUECA, S., A., *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Bosh, 1999, pág. 57.

¹⁴⁰ “Artículo 149:

El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

(...) 2. Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo.”

En ese sentido debemos señalar que la STC 31/2010¹⁴¹, constituye la base jurisprudencial sobre la cual se puede interpretar la distribución de las competencias en materia de prestaciones e integración de los inmigrantes, siendo la primera que se pronuncia expresamente en esta materia, más precisamente en su fundamento jurídico 83^o¹⁴². No pasaremos a analizar profundamente dicha sentencia ni el detalle de las competencias, porque no es materia de nuestra investigación, pero sí queremos hacer hincapié en que el tema de las competencias en materia de derechos de los inmigrantes, es un tema abierto al debate, que a pesar de la Jurisprudencia que existe sobre la materia no queda suficientemente delimitado.

Cabe señalar que al Estado le corresponden delimitar y ejecutar las políticas centrales en materia de inmigración, por ello los temas de permisos de trabajo o estudios, así como los temas de definición de residencia legal en España son de competencia exclusiva del Estado. Por su parte, las Comunidades Autónomas tienen competencias en lo referente al régimen de acogida y la integración social, económica y cultural de los inmigrantes; así está determinado en la mayoría de Estatutos de Autonomía¹⁴³. Sin embargo no debemos dejar de señalar que en lo que respecta a integración social, el Estado mantiene aún competencias compartidas con las CCAA, los entes Autonómicos tienen competencia en materias como educación, sanidad, vivienda, asistencia social, empleo o cultura que les permite diseñar políticas públicas para hacer efectiva dicha integración¹⁴⁴.

2.2.2 Primeras normas en materia de extranjería

¹⁴¹STC 31/2010, de 28 de junio de 2010, f.j. 83, en la cual se dejan sentadas las bases interpretativas sobre las competencias Autonómicas en materia de derechos de los inmigrantes.

¹⁴²En la STC 31/2010, f.j. 83 se expresa literalmente: "...al Estado ha de corresponder, con carácter de exclusivo, la competencia en cuya virtud se disciplina el régimen jurídico que hace del extranjero un inmigrante" y "... el Estado es titular de la competencia preferente entre las que concurren a la regulación del régimen jurídico de los extranjeros en tanto que inmigrantes".

¹⁴³ GARRIDO MAYOL, V., en "Sinopsis del Artículo 149.2 CE", disponible en: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=149&tipo=2>, diciembre de 2003, consultado con fecha 23 de marzo de 2015.

¹⁴⁴ FERNANDEZ SEGADO, F., "Distribución de competencias en la Constitución Española", *Revista de Derecho*, Vol. V, diciembre 1994, págs. 39-51.

En primer orden cabe mencionar que la Constitución Española hace una breve referencia a los extranjeros en su artículo 13.1 estableciendo lo siguiente:

“1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.”

El antecedente histórico de la primera norma en materia de extranjería fue el Decreto de Extranjería de 1852, de carácter administrativo, que fue dictado el 17 de noviembre de 1852 por el Consejo de Ministros de Bravo Murillo, cuya intención, como se señalaba en su exposición de motivos, era la de unificar las normas que sobre extranjeros se habían emitido hasta el momento. Según MIAJA y otros¹⁴⁵ entre los aspectos más destacables de este Decreto tenemos:

a) Que los derechos de los extranjeros que obtuviesen carta de naturaleza o gozado de vecindad se determinasen por ley.

b) Añadir el supuesto de la mujer española casada con extranjero.

c) La distinción entre domiciliados y transeúntes, entendiéndolos a los primeros como *"aquellos que se hallen establecidos con casa abierta o residencia fija prolongada por tres años, y bienes propios o industria y modo de vivir conocido (...), con el permiso de la autoridad superior civil de la provincia."*

d) La definición de la condición civil de los extranjeros domiciliados y transeúntes y de sus derechos y obligaciones: libre circulación, adquisición de propiedades, ejercicio del comercio, obligaciones fiscales, exención al servicio militar, prohibición de derechos políticos.

Otra norma que resulta importante mencionar, es la Ley de Asilo de 4 de diciembre de 1855 correspondiente al bienio progresista, bajo el gobierno de Espartero, era una ley que proclama el territorio español como *"asilo inviolable para todos los extranjeros y sus propiedades"*. Los derechos de los extranjeros reconocidos por esta

¹⁴⁵MIAJA DE LA MUELA, A.; SELA SAMPIL, L., *Estudios de Derecho Internacional Público y Privado*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1970, pág. 887.

ley, determinaban la imposibilidad de confiscación de propiedades, aún en el caso de guerra con la nación a la que perteneciesen, y la plenitud de derechos civiles para los asilados en posición de igualdad con los extranjeros autorizados por sus gobiernos¹⁴⁶.

Por su parte, en la Constitución Española de 1876 se hacía referencia a los derechos de los extranjeros, en cuanto al ejercicio de una profesión, posibilidades de establecimiento y aspectos de carácter público, el artículo 2º señalaba: *"Los extranjeros podrán establecerse libremente en territorio español, ejercer en él su industria o dedicarse a cualquier profesión para cuyo desempeño no exijan las leyes títulos de aptitud expedidos por las autoridades españolas. Los que no estuviesen naturalizados no podrán ejercer en España cargo alguno que tenga aneja autoridad o jurisdicción"*. También se incluye a los extranjeros en otros artículos como el artículo 4º -*"Ningún español o extranjero podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriben"*- y el artículo 5ª -*"nadie podrá entrar en el domicilio de un español o extranjero residente en España, sin su consentimiento, excepto en los casos y en la forma expresamente previstos por las leyes"*.

Por otro lado, el Código Civil de 1889 definía los supuestos de nacionalidad española, y, en sentido inverso, los de extranjería, en su artículo 17:

"Son españoles: 1º Las personas nacidas en territorio español. 2º Los hijos de padre o madre españoles, aunque hayan nacido fuera de España. 3º Los extranjeros que hayan obtenido carta de naturaleza. 4º Los que, sin ella, hayan ganado vecindad en cualquier pueblo de la Monarquía." Como es de verse se establece la nacionalidad tanto en virtud de los principios de *ius soli* como del *ius sanguinis*. Por lo demás, las leyes civiles no establecían ningún tipo de diferenciación, con la excepción de las normas de naturaleza pública.

Otra norma vinculada a diversos aspectos de la extranjería que estuvo en vigor en España, es el Decreto de Regulación del Trabajo del año 1931, que establecía como requisitos esenciales la necesidad de contar con contrato de trabajo visado por los Jurados Mixtos y registrado por los Servicios de Colocación y Defensa contra el Paro y

¹⁴⁶MIAJA DE LA MUELA, A.; SELA SAMPIL, L., "Estudios de Derecho Internacional Público y Privado", cit., pág. 889.

de obtener la Carta de Identidad Profesional concedida por el Ministerio de Trabajo. Es importante mencionar que la Constitución Española de ese año (1931), establecía en su artículo 31.3 que una ley regularía la expulsión de los extranjeros del territorio nacional, así las normas dictadas al amparo de tal precepto, dejarían de ser administrativas para adquirir carácter de "orden público", lo que ocurrió con la Ley de Orden Público de 1933.

Asimismo en el año 1935 se emitieron dos normas importantes: La primera, el Decreto de regulación del trabajo de 1935 que perseguía la defensa del trabajo de los españoles dándoles preferencia sobre los extranjeros, a quienes se veda el acceso a determinados cargos, principalmente técnicos, salvo en el caso de falta de personal especializado español. La segunda norma fue la Ley reguladora de la adquisición de propiedades de 1935, que establecía un conjunto de normas limitativas de las adquisiciones de fincas y terrenos y constitución de derechos reales sobre las mismas por extranjeros.

Otra norma que resulta conveniente mencionar, es la Ley reguladora de la adquisición de propiedades de 1960, la misma que exigía la inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos y contratos en favor de extranjeros, de derechos reales en determinadas zonas del territorio (Balears, zonas militares, zonas de desarrollo preferente). De igual forma en 1968, se emitió la Resolución de regulación del trabajo que extendía la Seguridad Social a todos los trabajadores extranjeros por cuenta ajena, excepto los fronterizos, los artistas que se encuentren por corto período de tiempo en territorio español y los trabajadores del mar. En ese mismo año se promulgó el Decreto de regulación del trabajo, que clasificaba y distinguía los diferentes permisos, estableciendo los supuestos en los que se debe tener en cuenta la situación nacional de empleo; contenía prevenciones a adoptar por las Comisarías de Policía y configuraba el permiso de trabajo como anterior a la autorización de residencia, aunque la no concesión de ésta invalidaba el primero.

En el año 1980 se emite el Real Decreto de regulación del trabajo, el que suponía la unificación del procedimiento para la concesión y prórroga de los permisos de trabajo y autorizaciones de residencia, estableciendo una solicitud única y la expedición en un solo documento de ambos tipos de permisos; la autoridad gubernativa

era la que determinaba la procedencia o no, por razones de orden público, del otorgamiento de ambos permisos.

2.2.3 La primera Ley de Extranjería- La Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio

La primera ley que desarrolla el artículo 13.1 CE, en concordancia con el artículo 149.1.2 CE¹⁴⁷, es la Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio, denominada Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros, más conocida como la Ley de Extranjería, impulsada por el Gobierno socialista, cuyo objetivo principal se basa en la justificación de la urgencia de elaborar una ley de extranjería dada la masiva presencia de inmigrantes en España, colectivo que era asociado a aspectos negativos como delincuencia, tráfico de drogas, problemas en la convivencia ciudadana, etc. Este discurso originó que la inmigración sea vista como un problema más que una realidad, implementándose criterios estrictos para denegar su entrada, impedir su establecimiento y expulsarlos del territorio español¹⁴⁸.

En su momento la finalidad de la ley fue establecer un censo real de los extranjeros que vivían en España y además aplicar medidas que favorecieran la expulsión de los que se encontraran en situación irregular¹⁴⁹. Esta Ley estableció unos criterios de entrada en España prácticamente imposibles de alcanzar, los permisos de trabajo y residencia eran de corta duración y casi inexistentes, no se preveía la reagrupación familiar, se recortaban algunos derechos fundamentales y se negaba a veces a los inmigrantes las prestaciones sociales que les correspondían por sus cotizaciones.

¹⁴⁷ Artículo 149:

1. El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

... 2.º Nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo.

¹⁴⁸ DIOS PINTADO, S., “Inmigración y extranjería en el debate parlamentario español”, en HERNANDEZ, M. y PEDREÑO, A., *La condición inmigrante*, Universidad de Murcia, Murcia, 2005, pág. 175.

¹⁴⁹ SAGARRA TRÍAS, E., *La legislación sobre extranjería e inmigración: Una lectura*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2002, pág. 125.

Según GOIG¹⁵⁰, los legisladores de la Ley interpretaron erróneamente el mandato constitucional contenido en el artículo 13.1 CE, dado que asumieron que dicho precepto delegaba al legislador la regulación de los derechos y libertades de los extranjeros, olvidando que es la propia Constitución y los Tratados Internacionales que ha suscrito España, los que reconocen dichos derechos y delimitan su alcance. Tal es el caso de los derechos de reunión y asociación, los mismos que en el contenido original de la Ley estaban condicionados a la condición de “legalidad” de los extranjeros, lo cual fue declarado inconstitucional por el TC como veremos más adelante.

La entrada en vigor de la ley trajo consigo un gran revuelo entre los extranjeros que vivían en España, puesto que muchos de ellos se convertían en irregulares, pudiendo ser expulsados por el Gobierno al encontrarse de pronto en España "sin papeles" o de forma irregular, y además privados de los derechos que la ley concedía solamente a los residentes legales¹⁵¹. Sin embargo, estas masivas expulsiones realizadas no tuvieron los resultados pretendidos, pues el volumen de flujos de inmigrantes no se veía reducido; ante ello el Gobierno decidió implementar campañas de regularizaciones extraordinarias de personas extranjeras, que como es de verse muestran el fracaso de la Ley de Extranjería¹⁵².

De un breve análisis de su contenido, se puede resaltar que la característica principal sería que se trata de una Ley fuertemente restrictiva en cuanto a los derechos de los extranjeros; prueba de ello es la presentación por parte del Defensor del Pueblo de un recurso de inconstitucionalidad contra los 4 artículos de la Ley, referidos al derecho de reunión, el de asociación, el internamiento y la imposibilidad de suspensión de las resoluciones administrativas. El Tribunal Constitucional¹⁵³, declaró inconstitucionales tres de los artículos antes citados, manteniendo la posibilidad de internamiento por cuarenta días siempre y cuando la orden la emita un Juez y no una

¹⁵⁰ GOIG MARTÍNEZ, J., “Régimen jurídico y políticas sobre extranjería en España. Comentario a la STS de 20 de marzo de 2003”, Teoría y Realidad Constitucional, Nº12 y 13, UNED, 2º semestre 2003- 1º semestre 2004, págs. 631-654.

¹⁵¹ SAGARRA TRÍAS, E., “La legislación sobre extranjería e inmigración...”, cit., pág. 125.

¹⁵² http://www.eumed.net/cursecon/libreria/2004/mvr/4-2.htm#_ftnref2, fecha de consulta 13 de enero de 2015.

¹⁵³ STC/115/1987, de 11 de mayo.

autoridad administrativa¹⁵⁴. En lo referente a los derechos de reunión y asociación, declaró inconstitucionales los preceptos de la Ley que ponían limitaciones al ejercicio de los mismos por parte de los extranjeros. Por su parte con respecto a la imposibilidad de suspensión judicial de resoluciones emitidas por la administración, declaró que la Ley era contraria a la Constitución dado que otorgaba a las resoluciones administrativas un carácter irrevocable, lo cual consideró que, a fin de salvaguardar la seguridad nacional, el orden público y otros valores las resoluciones administrativas pueden ser revisadas y revocadas, de ser necesario, por los Tribunales competentes.

La LO 7/1985 constaba de 36 artículos, de los cuales, hay siete dedicados a los derechos de los extranjeros, partiendo de la base de considerar objeto de derechos únicamente a extranjeros que se encuentren legalmente en España. Esta limitación de derechos volverá a repetirse quince años después, con la promulgación de la Ley Orgánica 8/2000. Si bien es cierto que expresamente no se distinguía entre extranjeros legales e ilegales, del texto de sus artículos 11.3 y 11.4¹⁵⁵, se deducía que los extranjeros en situación legal eran aquellos que cumplían con los requisitos exigidos por la ley, siendo por tanto ilegales, aquellos que no contaban con los requisitos establecidos en dicha norma para obtener el permiso de residencia.

Como podemos apreciar, el requisito de la legalidad en la entrada a España o residencia en el país, determinaba el goce y ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la legislación de extranjería. En la citada Ley, se permitía la detención del extranjero "con carácter preventivo o cautelar mientras se sustanciaba el expediente de expulsión" y su posterior internamiento en centros de detención, hasta un máximo de cuarenta días en los supuestos de los apartados a, c y f del artículo 26.1 de la LO 7/1985.

¹⁵⁴MAZKARIAN, MIKEL, "Recorrido por las leyes de extranjería en España", *Revista Mugak*, N° 29, Bilbao, 2012, accesible en <http://www.mugak.eu/revista-mugak/no-29/recorrido-por-las-leyes-de-extranjeria-en-espana>, pág. 76.

¹⁵⁵Artículo 11°

"...3. La entrada en el territorio nacional habrá de realizarse por los puestos habilitados a tal fin y bajo el control de los servicios policiales correspondientes, que podrán rechazar a quien no reúna los requisitos señalados en el párrafo 1 del presente artículo.

4. Se considerara ilegal toda forma de entrada en el territorio nacional en la que no concurren las circunstancias descritas, salvo lo previsto en el número 4 del artículo siguiente..."

Por otro lado, se instaura lo que a partir de entonces será la práctica habitual, que es el permiso de residencia y trabajo unificados en un mismo documento; pero quizás lo más importante es la introducción, por primera vez, del principio de preferencia nacional que en la redacción del artículo 18 quedaba de la siguiente forma:

“1. Para la concesión y renovación del permiso de trabajo, se apreciarán las siguientes circunstancias:

- a. La existencia de trabajadores españoles en paro en la actividad que se proponga desempeñar el solicitante.*
- b. La insuficiencia o escasez de mano de obra española en la actividad o profesión y zona geográfica en que se pretenda trabajar.*
- c. El régimen de reciprocidad en el país de origen del extranjero.”*

En lo referente al régimen sancionador, se instaura un esquema que se repetirá a lo largo del tiempo, imponiendo la expulsión como medida a adoptar para determinadas infracciones relacionadas con la estancia irregular o la entrada en España, sin la documentación o los requisitos exigibles.

La LO 7/1985, fue desarrollada por el Reglamento aprobado por RD 1199/86 de 26 de mayo, que recogía todos los principios inspiradores de la Ley, estableciendo de manera restrictiva los derechos de los que podían gozar los extranjeros que se hallaban en el territorio español de manera legal. Asimismo, a fin de regular la situación jurídica de los extranjeros comunitarios, se dictó el Real Decreto 1099/1986, sobre "Entrada, permanencia y trabajo en España de los nacionales de los estados miembros de las Comunidades Europeas", que se hacía necesario tras la entrada de España en las Comunidades Europeas, y que suponía un *status* de extranjería privilegiado a los nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Europea.

Posteriormente, por diversos problemas de aplicación, entre ellos el referido a la implantación de los cupos o contingentes de trabajadores, a partir de 1993 se aprobó por RD 155/96, de 2 de febrero un nuevo Reglamento de la Ley Orgánica de Extranjería, norma de desarrollo que se implantó sin modificar la LO//1985. En este sentido SAGARRA refiriéndose a dicho reglamento opina que “En el nuevo reglamento

se contempla al inmigrante desde una perspectiva de su presencia temporal, y toda su estancia se basa en unos tipos de permisos de residencia y trabajo, temporales y limitados, importando más el carácter policial o laboral de la vida del extranjero, que su arraigo e integración en la sociedad en que vive”¹⁵⁶.

Como es de verse, la anterior Ley Orgánica de Extranjería trajo consigo hondas críticas y problemas de aplicación, sin embargo no podemos dejar de reconocer que constituyó un primer paso en la emisión de una normativa propia para el contingente de personas extranjeras que iba incrementándose cada vez más en España, que necesitaban de una norma específica que regulara todos los aspectos de su situación administrativa y de derechos en el país.

2.2.4 La vigente Ley Orgánica 4/2000 - sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

Ante las constantes críticas a la LO 7/1985, se promovió desde el año 1998, la idea de que debía elaborarse una nueva Ley de Extranjería, que no solo regulase las obligaciones de los extranjeros, sino que reconociera una serie de derechos que solo eran reconocidos a los extranjeros en situación administrativa regular¹⁵⁷. En ese contexto la Subcomisión de Política Social y Empleo sobre inmigrantes y Refugiados del Congreso de los Diputados aprobó un Acuerdo que estableció:

“La subcomisión entiende que los emigrantes no pueden ser considerados solamente como mano de obra sino como personas titulares de derechos, en especial, al desarrollo personal y social, con respecto a su propia identidad cultural, a la igualdad de trato, eliminando toda forma de discriminación por motivo de nacionalidad o de raza, particularmente en los ámbitos de las condiciones laborales, profesionales, educativas, cultural, de vivienda, de sanidad... El inmigrante tiene derecho a la participación social mediante el ejercicio de los derechos de sindicación, asociación y reunión. En cuanto a la participación política, futuras reformas que en materia de legislación electoral deben de contemplar la participación de los

¹⁵⁶SAGARRA TRÍAS, E., “La legislación sobre extranjería...”, cit., pág. 129.

¹⁵⁷ SANTOLAYA MACHETTI, P., (coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pág. 55.

inmigrantes regulares en el ámbito local"¹⁵⁸. Como podemos apreciar, este acuerdo hacía hincapié en la necesidad de reconocer derechos políticos, sociales y culturales a los inmigrantes y no solo aquellos vinculados directa e inmediatamente a la dignidad humana¹⁵⁹.

La nueva legislación se aprobó por Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, "sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social", y pretendía que los extranjeros que se establecieran en España se equipararan a efectos constitucionales a los españoles¹⁶⁰. Según AGUELO Y ALVAREZ¹⁶¹ las principales modificaciones de la nueva ley, en resumen, fueron las siguientes:

- a) Derecho de asistencia jurídica gratuita, incluyendo a los inmigrantes en situación irregular;
- b) Derecho de acceso a la sanidad para los inmigrantes regulares e irregulares que estén empadronados en el municipio de residencia;
- c) Reconocimiento expreso del derecho de huelga, sindicación, asociación y reunión;
- d) Reconocimiento expreso del derecho de todos los menores a la educación;
- e) Reconocimiento del derecho de reagrupación familiar para los inmigrantes en situación regular;
- f) Denegación expresa y motivada de visados;
- g) Mecanismo de regularización permanente para los inmigrantes irregulares que lleven dos años empadronados y cuenten con medios de vida suficientes;
- h) Residencia permanente no sujeta a la renovación a partir de los cinco años;
- i) La falta de documentación se considera como infracción grave, sancionada con multa".

¹⁵⁸ Acuerdo de la Comisión de Política Social y Empleo sobre inmigrantes y refugiados, aprobado por el Pleno del Congreso de los Diputados el 23 de junio de 1998 (BOCG de 15 de julio de 1998).

¹⁵⁹ GOIG MARTÍNEZ, J., "Régimen jurídico y políticas sobre extranjería en España. Comentario a la STS de 20 de marzo de 2003", *Teoría y Realidad Constitucional*, 2º semestre 2003- 1º semestre 2004, pág. 635.

¹⁶⁰ CAVAS MARTÍNEZ, F., *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, Ed. Civitas, Madrid, 2011, pág. 18.

¹⁶¹ AGUELO NAVARRO, P.; ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Ley de Extranjería*, Colegio de Abogados de Zaragoza, Zaragoza, 2000, pág. 56.

La nueva ley supuso un claro avance en la situación jurídica de los extranjeros con respecto a la anterior legislación¹⁶², optando claramente por una igualdad de trato entre españoles y extranjeros¹⁶³.

Asimismo, amplió el reconocimiento de derechos, introduciendo un control más efectivo de la actuación administrativa y estableciendo cauces permanentes para la obtención de permisos de residencia y trabajo, sobre todo para las personas que se encontraban en situación irregular¹⁶⁴. En concreto, la nueva Ley, en su apartado de derechos, intenta ampliar el acceso al disfrute de ciertos derechos básicos a las personas irregulares, añadiendo para ello un requisito novedoso para ese entonces, el empadronamiento¹⁶⁵. En ese sentido SERRANO y HERNÁNDEZ señalan:”...*Del texto legal se desprende una mayor preocupación por delimitar las situaciones de residencia legal, un incremento de la potestad de la administración en todo lo concerniente a la denegación de entrada y a expulsiones del territorio nacional, se restringe el derecho al reagrupamiento familiar, se limita el derecho a la asistencia jurídica gratuita, etc. En definitiva una ley que si bien introduce algunas mejoras, también apuesta por un recorte importante de las garantías jurídicas que, hasta su aprobación, tenía el inmigrante en España...*”¹⁶⁶.

Tras la aprobación de la Ley se estableció un proceso de regularización excepcional para los inmigrantes que hubieran entrado en el territorio español antes del 1 de junio de 1999 y que pudieran demostrar haber solicitado un permiso de residencia o trabajo, dicho proceso fue masivo¹⁶⁷ gracias a la flexibilidad de sus requisitos. Si bien se mantenía el esquema de la necesidad de visado para el ingreso de los familiares de los extranjeros residentes, se establecía una novedad con la llamada regularización por arraigo, dirigida a personas que estuvieran dos años de forma irregular y que probando medios de vida podrían acceder a un permiso. Esta medida contemplada en el artículo

¹⁶² GOIG MARTÍNEZ, J., *Régimen jurídico y políticas sobre extranjería en España...*, cit., págs. 635.

¹⁶³ ÁLVAREZ CONDE, E., “El status constitucional de los derechos fundamentales de los inmigrantes”, en ÁLVAREZ CONDE, E. (coord.) y PÉREZ MARTÍN, E. (coord.), *Estudios sobre derecho de extranjería*, Universidad Rey Juan Carlos. Instituto de Derecho Público, Madrid, 2005.

¹⁶⁴ SAGARRA TRÍAS, E., “La legislación sobre extranjería...”, cit., pág. 143.

¹⁶⁵ MAZKARIAN, M., “Recorrido por las leyes de extranjería en España”, cit..

¹⁶⁶ SERRANO RODRÍGUEZ, J. A. y HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, M. A., *Comentarios a la nueva regulación de la inmigración en España*, *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Universidad de Barcelona, Nº 94 (40), 1 de agosto de 2001, accesible en: <http://www.ub.edu/geocrit/sn-94-40.htm>.

¹⁶⁷ Al terminar el proceso de regularización, en diciembre de 2000, se habían presentado 246.089 solicitudes.

29.3¹⁶⁸ fue considerado en su día una fórmula de regularización permanente, lo cierto es que por primera vez se recogía en la Ley un artículo destinado a dar una solución realista a las personas que se encontraban en situación de irregularidad.

Según MAZKARIAN¹⁶⁹ la Ley Orgánica 4/2000 era una norma plagada de luces y sombras. Respecto a lo primero, supone un claro avance sobre la norma anterior y un intento de reconocer derechos a los irregulares, sin embargo, no auguraba un gran futuro, dado que su técnica legislativa era deficiente, pues se evidenciaba una conjunción de figuras jurídicas desordenadas. Por otro lado, hay quienes consideran que si bien es cierto no es la panacea legislativa, contiene una regulación que reconoce los principales derechos a los extranjeros, constituyendo un avance normativo significativo¹⁷⁰.

2.2.5 Las sucesivas reformas de la LO 4/2000

a) La LO 8/2000 de 22 de diciembre

Tras casi un año de haber entrado en vigor la LO 4/2000, las Cortes Generales aprueban la Ley Orgánica 8/2000 de reforma de la LO 4/2000 y es en la Exposición de Motivos donde se justificaba la reforma en el hecho de que, en los nueve meses de vigencia de la ley, se habían superado las previsiones de la norma; igualmente se basaba en la necesidad de la adaptación de la legislación española, a las conclusiones de los Estados miembros de la Unión Europea en la Cumbre de Tampere de octubre de 1999, así como al Tratado de Schengen. Se justifica la modificatoria, en la necesidad de reducir el "efecto llamada" provocado por los beneficios para los extranjeros recogidos en la LO 4/2000 y las orientaciones de la Unión Europea, así como la lucha contra las mafias y evitar el tráfico ilegal de personas.

¹⁶⁸Artículo 29. Situación de residencia temporal.

“...3. Igualmente podrá acceder a la situación de residencia temporal el extranjero que acredite una estancia ininterrumpida de dos años en territorio español, figure empadronado en un municipio en el momento en que formule la petición y cuente con medios económicos para atender a su subsistencia...”.

¹⁶⁹MAZKARIAN, M., “Recorrido por las leyes de extranjería en España”, cit., pág. 6.

¹⁷⁰ ESPINAR VICENTE, J. M., *Comentarios a la Nueva ley de extranjería*, Ed. Dilex, Madrid, 2014, pag.12-13.

La reforma llevada a cabo por la LO 8/2000 fue muy significativa, sobre todo en lo referente al ejercicio de derechos por parte de la población extranjera, puesto que en dicha norma se contempló la suspensión del mecanismo de regularización automática, así como la eliminación de las motivaciones en las denegaciones de visados. De igual forma, el ejercicio de derechos como el de reunión, manifestación, asociación o huelga, quedaban condicionados al requisito de la residencia legal en España.

La LO 8/2000 trajo consigo una reducción de derechos ya reconocidos, que a nuestro entender no se justifican en el afán de disminuir el flujo de inmigrantes irregulares en España y/o en cumplir los designios de la Unión Europea que en ningún momento restringió derechos de los extranjeros que se encontrasen en los Estados miembros¹⁷¹. Asimismo, en lo referente a la necesidad de hacer frente a las mafias de inmigración ilegal y tráfico de personas, las modificaciones propuestas no trajeron consigo ninguna reforma en ese aspecto. Por otro lado la citada Ley Orgánica, incluyó la modificación de las normas relativas a la reagrupación familiar, las infracciones y sanciones, los procedimientos ordinarios y preferentes en el caso de expulsión, que en algunos casos agudizaron el problema de la inmigración ilegal, al endurecerse los procedimientos de regularización y las sanciones a imponer por dicha situación.

Respecto al derecho a la libertad de circulación, el artículo 5 de la Ley mantiene el reconocimiento de tal derecho "a los extranjeros que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de esta Ley" y añade que se podrán establecer medidas limitativas específicas y excepcionales en proporción a las circunstancias que concurran en cada caso, pudiendo el Ministerio del Interior adoptar "por razones de seguridad" medidas de alejamiento de fronteras o de núcleos de población. Desde nuestro punto de vista, el concepto de seguridad pública resulta poco adecuado y quizás hubiese sido preferible referirse al orden público, con la finalidad de justificar las restricciones a dicho derecho. Para ello resulta importante realizar una breve referencia a los conceptos de orden público y seguridad pública.

Por un lado, el orden público es la situación de normal funcionamiento de las instituciones públicas y privadas, en las que las autoridades ejercen sus atribuciones

¹⁷¹ CORDERO LOZANO, C., *Expulsión, devolución y retorno de extranjeros*, Bosch, Barcelona, 2011, pág. 8.

propias y las personas ejercen pacíficamente sus derechos y libertades¹⁷², está estrechamente relacionado con el concepto de legitimidad en el ejercicio del poder político y el de consenso social. Desde el punto de vista del Derecho civil, el orden público es el «conjunto de principios jurídicos, políticos, morales y económicos obligatorios para conservar el orden social del pueblo en una época determinada.»¹⁷³.

Según IZU¹⁷⁴ el orden público puede tener dos sentidos, el primero de ellos material, que consiste en una situación de orden exterior o tranquilidad en una comunidad; y el segundo el orden público formal, que es un concepto doctrinal y jurisprudencial referido al orden general de la sociedad, este concepto se vincula al límite de la voluntad de los particulares. En este sentido, si entendemos el concepto de orden público como limitación a la libertad ideológica, se establece como garantía y límite de la libertad y, cómo ésta, consiste en que ninguna persona pueda hacer nada que sea perjudicial a los demás¹⁷⁵. En similar sentido POLO¹⁷⁶, distingue que el orden público material o externo, se corresponde con la idea de un estado de paz y tranquilidad en las calles, ausente de disturbios, altercados o desórdenes que pudieran poner en riesgo la integridad de personas o bienes, o el normal desenvolvimiento de la convivencia ciudadana. Por su parte, el orden público formal representa a aquellos valores éticos y sociales indispensables para el normal desenvolvimiento de la convivencia ciudadana, respeto a sus instituciones, a los usos y costumbres, y a los valores generalmente aceptados.

También existen posturas flexibles acerca del orden público, tal es el caso de DORAL¹⁷⁷ que señala que “es una noción variable según las épocas, los países y los regímenes políticos de cada nación”. En esa misma línea podemos mencionar a

¹⁷² REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, (22ª edición), Madrid, 2001, accesible en: <http://lema.rae.es/drae/srv/search?key=orden>.

¹⁷³ RODRIGO BERCOVITZ (ed.) y RODRÍGUEZ-CANO, R., (ed.), *Manual de derecho civil: Derecho privado y derecho de la persona*, 5ª edición, S.A. Bercal, Madrid, 2011.

¹⁷⁴IZU BELLOSO, M., “Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978”, *Revista española de Derecho Administrativo*, Nº 58, abril-junio de 1988, pág. 2.

¹⁷⁵BROTAT I JUBERT, R., *Un concepto de seguridad ciudadana* (PDF), 2002, inédito, accesible en <http://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/Un%20concepto%20de%20seguridad%20ciudadana.pdf>, consultado el 21 de abril de 2015.

¹⁷⁶ POLO SABAU, J., “Libertad de creencias y orden público en la Constitución Española: claves de interpretación”, *Foro Nueva época*, vol. 15, núm. 2, 2012, pág. 215.

¹⁷⁷DORAL, J. A., “La Noción de orden público”, en *Derecho Civil Español*, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1967, pág. 72.

GUAITA¹⁷⁸ que a la letra dice:” el concepto de orden público es sin duda uno de los más contingentes y plásticos que ofrece la Ciencia del Derecho”, este autor hace referencia a que el concepto de orden público es tan flexible y amplio que puede englobar a todo el ordenamiento jurídico.

En la Constitución Española se hace alusión al orden público en dos artículos: el 16.1, en el cual se garantiza la libertad ideológica y de culto, con la sola limitación del orden público y el artículo 21.2 que regula las reuniones y manifestaciones en lugares de tránsito público, las cuales sólo pueden ser prohibidas por razones de orden público.

Como podemos ver en la doctrina y en nuestra propia Constitución el orden público es un concepto amplio y general; en ese sentido el Tribunal Constitucional ha determinado que el concepto de orden público, ha adquirido una nueva dimensión desde la aprobación de la Constitución de 1978, teniendo como base fundamental el respeto irrestricto de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Carta Magna¹⁷⁹, y por dicha razón razón el máximo Tribunal, ha establecido que el respeto a los derechos fundamentales constituye un componente esencial del orden público¹⁸⁰.

Por su parte, cuando hablamos de seguridad pública o seguridad ciudadana, nos referimos a un concepto que se centra en el riesgo de quebrantamiento de la seguridad colectiva e individual. La seguridad pública según lo establecido en los artículos 104 y 109 CE, está referida a la actividad de los Cuerpos de Policía, asimismo existe abundante Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el tema¹⁸¹, que nos define el ámbito de la seguridad pública como: “actividad dirigida a la protección de personas y bienes y al mantenimiento de la tranquilidad y el orden ciudadano”¹⁸², dicha actividad incluye un conjunto diverso de actuaciones distintas, entre ellas las que corresponden a los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, a que se refiere el art. 104 CE., la que solo puede ser ejercida por los poderes públicos y no por organizaciones privadas, dado que en ese

¹⁷⁸GUAITA, A., *Derecho Administrativo Especial*, Tomo II, Publicaciones del Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, Zaragoza, 1965, pág. 30.

¹⁷⁹ STC 43/1986, de 15 de abril, F. J. 4.

¹⁸⁰ STC 19/1985, de 13 de febrero, F. J. 1.

¹⁸¹SSTC 33/1982 de 8 de junio; 59/1985, de 6 de mayo; 104/1989, de 8 de junio; 154/2005, de 9 de junio, etc.

¹⁸² STC 33/1982, de 8 de junio, F. J. 3.

caso nos encontraríamos en el ámbito de la seguridad privada¹⁸³. Como es de verse, para justificar las medidas restrictivas de libertad, hubiese sido más conveniente invocar el concepto de orden público, dado que es un concepto más amplio y flexible que engloba a muchos otros aspectos del ordenamiento jurídico. Desde nuestro punto de vista, es un concepto más preciso que el de seguridad pública.

Por otro lado es importante mencionar que ante el recorte de derechos que trajo consigo la LO 8/2000, se produjo la interposición de varios recursos de inconstitucionalidad, los cuales fueron resueltos en el año 2007¹⁸⁴, declarando inconstitucionales varios artículos de la Ley¹⁸⁵, en las que se reconoce que la exigencia que la indicada norma imponía a los extranjeros para el ejercicio de los derechos fundamentales de reunión, asociación, sindicación y huelga, de que tuvieran residencia legal en España, constituía una restricción injustificada y, por tanto, contraria a la Constitución, ya que según la misma los indicados derechos alcanzan a todas las personas por su condición inherente de ser humano.

Una de las Sentencias del máximo intérprete de la Constitución que se pronunció acerca de la LO 8/2000, fue la STC 236/2007, de la cual haremos un análisis más profundo en los próximos apartados. Esta sentencia es la primera de un conjunto de sentencias dictadas, como consecuencia de los recursos de inconstitucionalidad antes señalados y de las que constituye un punto de referencia, proyectándose sus soluciones sobre ellas¹⁸⁶. En dicha sentencia, el TC declaró inconstitucionales algunos artículos de la Ley, el recurso se basaba básicamente en defender el derecho de los extranjeros a gozar plenamente de los derechos de reunión, asociación, educación no obligatoria, sindicación, reagrupación familiar, asistencia jurídica gratuita, etc¹⁸⁷.

¹⁸³ STC 154/2005, de 9 de junio, FJ 5.

¹⁸⁴ SSTC 236/2007, de 7 de noviembre, 259/2007; 260/2007; 261/2007; 262/2007; 263/2007; 264/2007 y 265/2007; de 19 de diciembre.

¹⁸⁵ Artículos 7.1, 8 y 11.1 (exclusivamente respecto al derecho a sindicarse libremente), Declarar inconstitucional y nula la inclusión del término “residentes” en los arts. 9.3 y 22, el art. 60.1, Declarar la inconstitucionalidad y nulidad del inciso “cuando estén autorizados a trabajar” del art. 11.2.

¹⁸⁶ MARTIN MARTIN, G., “Una nueva visión de los derechos de los extranjeros. Comentario a la STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 10, 2º semestre de 2007, Madrid, págs. 164.

¹⁸⁷ STC 236/2007, de 7 de noviembre.

a.1) Reglamento de Extranjería aprobado por Real Decreto 864/2001 de 20 de julio

Posteriormente como desarrollo de la LO 8/2000, el Gobierno aprobó el Reglamento de aplicación de la misma, por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, que entró en vigor el 1 de julio de 2001 y que derogó, entre otras normas, el precedente Reglamento de ejecución de la LO 7/1985 que había sido aprobado por el RD 155/1996, de 2 de febrero. Este Reglamento incorpora nuevos requisitos para la obtención de los permisos de residencia, que no estaban contemplados en la Ley y/o el endurecimiento de algunos requisitos; tal es el caso del concepto de residencia por arraigo para quienes están en situación irregular, la misma que pasó de dos a cinco años. Asimismo, se introduce el arraigo de tres años para quienes posean familiares directos en situación regular, y otro arraigo de dos años para quienes hubieran tenido con anterioridad algún permiso y lo hubiesen perdido¹⁸⁸, precepto que ha sido criticado por considerarse excesivamente riguroso en los requisitos para acceder a demostrar el arraigo¹⁸⁹.

Este Reglamento fue muy cuestionado por diversos sectores de la sociedad en especial por las ONG de apoyo a los inmigrantes, tal es así que con fecha 19 de septiembre de 2001 la Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes en Andalucía "Andalucía Acoge" y de la "Red Acoge", Federación de Asociaciones Pro Inmigrantes, interponen recurso contencioso-administrativo en contra de dicha norma. Como consecuencia de ello el Tribunal Supremo en una sentencia del año 2003¹⁹⁰ anuló varios artículos del mencionado Reglamento.

b) La LO 11/2003 de 29 de setiembre

En el año 2003 se aprobó la LO 11/2003, de 29 de setiembre que modifica varios textos legales, entre ellos el Código Penal, Código Civil y LO 4/2000, en los

¹⁸⁸ MAZKIARAN, M, "Recorrido por las leyes de extranjería en España", cit., pág.7.

¹⁸⁹ ESPINAR VICENTE, J. M., *Comentarios a la Nueva ley de extranjería*, cit., pag.22.

¹⁹⁰ STS de 20 de marzo de 2003, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, por la que se anulan diversos preceptos del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. (B.O.E. nº 117, de 16 de mayo de 2003). Los preceptos anulados son los siguientes: Artículos 38, 41 (apdo. 5), 49(apdo. 2.d y 2.e), 56 (apdo. 8), 57 (apdo. 1), 84(apdos. 2 y 6), 117(apdo. 2), 127 (apdo. 2.c), 130 (apdos. 2 y 6), 136 (apdo. 3) y 138 (apdo. 1.b).

temas vinculados a derechos y libertades de los extranjeros en España, para adaptarlos a los problemas de delincuencia y lentitud procesal existentes en ese momento, puesto que el Gobierno, según se manifestó en su oportunidad, entendió que los problemas de la extranjería incidían con la inseguridad ciudadana¹⁹¹.

La citada reforma se limitaba a hacer más efectiva la regulación en materia de expulsión, para lograr una coordinación adecuada cuando se produce la tramitación simultánea de procedimientos administrativo y penal, tratándose de resolver los problemas que se derivan de los supuestos en que los extranjeros se encuentran sujetos a uno o a varios procesos penales. Para ello, la solución que adoptó consiste en pedir autorización judicial para la expulsión a los órganos jurisdiccionales que conozcan los procesos penales o las faltas en los que se encuentren incurso los extranjeros, siempre y cuando, la pena privativa de libertad a imponer sea inferior a seis años; asimismo se establecía un procedimiento especialmente ágil y urgente para proceder a dicha expulsión¹⁹², garantizándose con ello la eficacia de la orden de expulsión, incluso en los supuestos de coincidencia con procesos penales. Como es de verse, la norma reseñada habría vulnerado el principio *non bis in ídem*, que prohíbe la imposición de doble sanción por los mismos hechos, por cuanto establecería una pena adicional a la pena privativa de la libertad, que sería la de expulsión del territorio español¹⁹³. De dicho principio jurídico nos ocuparemos más adelante.

¹⁹¹El Ministro de Justicia, Sr. Michavila, al defender en el Congreso de los Diputados las modificaciones que habrían de introducirse por la LO 11/2003 expresa que la reforma no se dirige a 1.327.000 extranjeros que viven y trabajan en España sino a los "7214 inmigrantes que en el año 2002 vinieron a España porque eran delincuentes y piensan que España es un lugar donde delinquir sale más barato ...", vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 10 de abril 2003, pág. 5, www.congreso.es.

¹⁹²Artículo 61º:

"1. Desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión, el instructor, a fin de asegurar la resolución final que pudiera recaer, podrá adoptar alguna de las siguientes medidas cautelares:

- a) Presentación periódica ante las autoridades competentes.
- b) Residencia obligatoria en determinado lugar.
- c) Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida
- d) Detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de 72 horas previas a la solicitud de internamiento. En cualquier otro supuesto de detención, la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a 72 horas.
- e) Internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento...."

¹⁹³ CAVAS MARTÍNEZ, F., *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, cit., pág. 21.

La finalidad de dicha norma era que los inmigrantes irregulares que cometiesen delitos fueran expulsados de manera rápida y sin dilaciones, esta reforma pretendió la mejora de la resolución judicial que dispone el ingreso del extranjero en un centro de internamiento, dado que hace hincapié en que el Juez debe motivar el auto mediante el cual dispone el internamiento del extranjero, debiendo asimismo tomar en consideración para su decisión las circunstancias concurrentes y, en especial, el hecho de que carezca de domicilio o de documentación, así como la existencia de condenas o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos sancionadores pendientes.

c) La LO 14/2003 de 20 de noviembre

Otra reforma de la LO 4/2000 llevada a cabo en el 2003 se aprueba por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

En la LO 14/2003 se realiza una transposición de las Directivas aprobadas en materia de inmigración por la Unión Europea, que afectaron a la unificación de las cuantías de las sanciones y de las obligaciones de los transportistas¹⁹⁴, también se incorpora el reconocimiento mutuo de las resoluciones de expulsión¹⁹⁵ y además se incorporan a la norma, la modificación de aquellos artículos del reglamento que fueron anulados por el Tribunal Supremo¹⁹⁶.

¹⁹⁴Directiva 2001/51/CE, de 28 de junio, por la que se completan disposiciones del art. 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

¹⁹⁵Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países y Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. Directivas que pretenden que aquellos extranjeros sobre los que hayan recaído éstas en cualquier Estado de la Unión puedan intentar evitarlas trasladándose a otro Estado.

¹⁹⁶Sentencia de 20 de marzo de 2003, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

Por otro lado, en esta nueva reforma nos encontramos con importantes cambios respecto a la tramitación de los diferentes permisos, que a partir de ahora pasan a llamarse autorizaciones. El cambio más importante está en la desaparición del representante del extranjero en el país de origen, lo cual obliga a volver al país de origen para iniciar desde cero la tramitación de una autorización de residencia y trabajo a través del Régimen General, trámite que puede demorar hasta un año; en definitiva tras la entrada en vigor de la LO 14/2003, las personas que no pueden viajar a sus países de origen, entran automáticamente en una situación de irregularidad¹⁹⁷.

En la Exposición de Motivos de la Ley, se justifica la reforma en el aumento del número de residentes extranjeros en España en los últimos años, debiéndose por ello regular una mejor ordenación de los flujos migratorios, que sea respetuosa con los cauces legales, y reforzando los mecanismos para luchar contra la inmigración ilegal, cada vez más organizada y con mayores recursos para la consecución de sus objetivos¹⁹⁸.

Una reforma importante introducida en la nueva ley, se refiere a la devolución y expulsión de extranjeros, modificando sustancialmente la devolución o tentativa de entrada, de los que pretenden entrar ilegalmente en España, a quienes se les impone la salida obligatoria del territorio español y la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años, pudiendo adoptarse como medida cautelar el internamiento, lo cual fue declarado inconstitucional por el TC en la STC 017/2013, de 31 de enero, como explicaremos en el siguiente apartado.

En relación con los centros de internamiento para extranjeros, se incluyen cinco artículos destinados a regular los derechos de los extranjeros internados, sus deberes, el derecho a recibir información y presentar reclamaciones, las medidas de seguridad de los CIE y el funcionamiento y régimen interior de estos centros de internamiento. Si bien es cierto resultan manifiestamente insuficientes para regular todos los aspectos relacionados con el internamiento de extranjeros, constituyen un primer paso, una muestra de una incipiente preocupación de las autoridades por solucionar el problema de la ausencia normativa en dicho tema.

¹⁹⁷MAZKIARAN, M., “Recorrido por las leyes de extranjería en España”, 2005, cit., pág. 8.

¹⁹⁸Considerando I, tercer apartado de la Exposición de Motivos de la LO 14/2003.

Posteriormente en el año 2013, el Tribunal Constitucional¹⁹⁹ declara inconstitucional parte del inciso 7 del artículo 58º de la LO 4/2000²⁰⁰, que imponía una sanción de hasta tres años de prohibición de entrada a territorio español para los extranjeros, que habiendo pretendido ingresar ilegalmente en España, hubieran sido detectados en su accionar y se hubiera dispuesto su devolución a su país de origen. El TC basa su sentencia en el argumento de que la devolución, es la ejecución material de una orden administrativa de expulsión, no constituyendo una sanción en sí misma; por lo tanto al no haberse ejecutado en el marco de un procedimiento sancionador dotado de las garantías jurídicas y procesales respectivas, no corresponde la aplicación de una sanción como es el caso de la prohibición de entrada. Este tema lo explicaremos más al detalle en el capítulo referido a la devolución.

c.1) Reglamento de Extranjería aprobado por Real Decreto 2393/2004 de 30 de diciembre

En diciembre de 2004, en cumplimiento de la LO 14/2003, se aprueba un nuevo Reglamento de ejecución de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, para adaptarlo a la reforma del año 2003. Asimismo, mediante Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre (Boletín Oficial del Estado de 7 de enero 2005), se dispone una "vacatio legis" de un mes, derogando expresamente el anterior Reglamento aprobado por RD 864/2001. Dicho Reglamento responde a la idea de fomentar la inmigración legal, añadiendo nuevos instrumentos para perseguir más eficazmente la inmigración irregular; incorporando importantes novedades respecto a los requisitos que pueden dar lugar a la autorización de un extranjero para residir y trabajar en España y también afronta la aplicación de las normas de extranjería con mayores medios técnicos y una mayor coordinación de las Administraciones

¹⁹⁹STC 017/2013, de 31 de enero.

²⁰⁰“Artículo 58º:

(...) 7.La devolución acordada en el párrafo a) del apartado 3 de este artículo conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la resolución de expulsión quebrantada. Asimismo, toda devolución acordada en aplicación del párrafo b) del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años”.

competentes en materia de extranjería. Según LIROLA²⁰¹ interesa destacar como novedades más importantes:

- a) Las nuevas funciones del visado: en consonancia con el artículo 25 bis de la LO 14/2003, el visado no sólo va a permitir la entrada en España, sino que también va a servir para autorizar las situaciones de permanencia en España, en régimen de estancia o residencia, ligadas o no al desempeño de una actividad laboral. Se reconocen diversos tipos de visados: Visado de tránsito, visado de estancia, visado de residencia y de residencia y trabajo, visado de búsqueda de empleo y visado de estudios²⁰².
- b) Otro aspecto novedoso es el mecanismo que se establece para la regularización de los extranjeros que se encuentren en España sin autorización para ello, estableciendo un plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor del Real Decreto, para poder obtener una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena a los extranjeros que puedan demostrar que cumplen los requisitos exigidos para ello. Podemos encontrar dos supuestos de regularización: El primero, de carácter excepcional que podía ser solicitado por los empresarios o empleadores²⁰³ que presenta como novedad que es el empresario que pretenda contratar al extranjero, el que podrá solicitar que se le conceda una autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena. Y otra, la autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales²⁰⁴, que se puede

²⁰¹LIROLA DELGADO, I., “El Proyecto de Reglamento de Extranjería de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Un comentario”, *Diario La Ley*, núm. 6144, de 10 de diciembre 2004, pág. 62.

²⁰²LIROLA DELGADO, I., “El proyecto de Reglamento de Extranjería...”, cit., pág. 63.

²⁰³Reglamento de la LO 4/2000:

“1. En el plazo de tres meses desde la entrada en vigor del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, los empresarios o empleadores que pretendan contratar a un extranjero podrán solicitar que se le otorgue una autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena, siempre y cuando se cumplan las siguientes condiciones:

*Que el trabajador figure empadronado en un municipio español, al menos, con seis meses de anterioridad a la entrada en vigor del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, y se encuentre en España en el momento de realizar la solicitud.”*Que el empresario o empleador haya firmado con el trabajador un contrato de trabajo cuyos efectos estarán condicionados a la entrada en vigor de la autorización de residencia y trabajo solicitada.....”.

²⁰⁴Reglamento de la LO 4/2000:

“Artículo 45. Autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales.

conceder por la Administración por situación de arraigo, por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales.

d) La LO 2/2009 de 11 de diciembre

Como consecuencia de los pronunciamientos del TC y de la cambiante realidad migratoria de España, Las Cortes Generales aprueban en diciembre de 2009, una nueva modificación de la LO 4/2000, a través de la LO 2/2009, de 11 de diciembre. En su exposición de motivos se alegó que las razones de su promulgación, se basaban en la necesidad de incorporar las decisiones del Tribunal Constitucional y de la Unión Europea²⁰⁵ en la materia, así como adaptar la normativa vigente a la nueva realidad migratoria.

1. De conformidad con el artículo 31.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en atención a las circunstancias excepcionales que concurran, se podrá conceder una autorización de residencia temporal a los extranjeros que se hallen en España en los supuestos determinados en este artículo, siempre que no haya mala fe del solicitante.

2. Se podrá conceder una autorización de residencia por razones de arraigo, en los siguientes supuestos: Por arraigo laboral, podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de dos años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, y que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a un año. A los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un período mínimo de tres años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen, cuenten con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud cuya duración no sea inferior a un año y bien acrediten vínculos familiares con otros extranjeros residentes, bien presenten un informe que acredite su inserción social emitido por el ayuntamiento en el que tenga su domicilio habitual”.

²⁰⁵Directivas UE:

- a) Directiva 2003/110/CE, del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, sobre la asistencia en casos de tránsito a efectos de repatriación o alejamiento por vía aérea. (DOUE de 6 de diciembre de 2003).
- b) Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre, de 2003, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DOUE de 23 de enero de 2004).
- c) Directiva 2004/81/CE, del Consejo, de 29 de abril de 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 hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal que cooperen con las autoridades competentes (DOUE de 6 de agosto de 2004).
- d) 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 de 6 de agosto de 2004).
- e) Directiva 2004/114/CE, de 13 de diciembre de 2004, del Consejo, relativa a los requisitos de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de estudios, intercambio de alumnos, prácticas no remuneradas o servicios de voluntariado (DOUE de 23 de diciembre de 2004).
- f) Directiva 2005/71/CE, de 12 de octubre de 2005, del Consejo, relativa a un procedimiento específico de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de investigación científica (DOUE de 3 de noviembre de 2005).
- g) Directiva 2008/115/CEE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal (DOUE de 24 de diciembre de 2008).

La LO 2/2009 introduce una serie de reformas en lo referente a varios temas de extranjería, todos los Títulos de la Ley se ven modificados en mayor o menor medida siendo el más saltante de ellos el aumento del tiempo máximo de internamiento en un CIE que aumentó de 40 a 60 días. Entre las principales modificaciones que trajo consigo podemos señalar las siguientes:

- a) En lo referente a la reagrupación familiar hubieron varias modificaciones. La primera de ellas fue la referida a la reagrupación de los representados legales (menores de edad y mayores discapacitados), en este caso se dispuso que el acto jurídico del cual se deriva la representación legal, no debe ser contrario a los principios del ordenamiento español. Otra modificación de produjo en lo referente a la reagrupación de los ascendientes, dado que se establece como requisito que el ascendiente sea mayor de 65 años, salvo en situaciones excepcionales de tipo humanitario. Asimismo, en lo referente a la reagrupación de personas con vínculo sentimental, se incluye por primera vez a la pareja de hecho como persona reagrupable²⁰⁶ a pesar de que el TEDH²⁰⁷ y la jurisprudencia interna²⁰⁸, habían determinado que entre dichas personas existe vida familiar.

- b) En lo referente a los requisitos, se estableció que si el extranjero contaba con la autorización de residencia renovada (más de un año de estancia legal en España), podían reagrupar a sus familiares directos (hijos menores de 18 años o mayores con discapacidad, así como a su cónyuge o a su pareja de hecho, pero para reagrupar a sus ascendientes (*padres o suegros*), debía tener un permiso de

h) Directiva 2009/50/CE, del Consejo, 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 (DOUE de 18 de junio de 2009).

i) Directiva 2009/52/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular (DOUE de 30 de junio de 2009).

²⁰⁶ ARRESE IRIONDO, M^a. N., “El derecho a la reagrupación familiar tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2009”, *R.V.A.P.*, núm. 87-88/2010. Págs. 79-107.

²⁰⁷ SSTEDH de 18 de diciembre de 1986, Asunto *Johnston y otros c. Irlanda*; de 26 de mayo de 1994, Asunto *Keegan c. Irlanda*; de 27 de octubre de 1994, Asunto *Kroon y otros c. Países Bajos*; de 22 de abril de 1997, Asunto *X, Y y Z c. Reino Unido*; de 11 de octubre de 2001, Asunto *Hoffmann c. Alemania*; de 11 de octubre de 2001, Asunto *Sommerfeld c. Alemania*; de 7 de febrero de 2002, Asunto *Mikulic c. Croacia*; de 1 de junio de 2004, Asunto *Lebbink c. Países Bajos*; de 20 de enero de 2009, Asunto *Serife Yigit c. Turquía*.

²⁰⁸ SSTS de 6 de mayo de 2000, Ar. 5582; de 6 de junio de 2000, Ar. 6119.

residencia de larga duración, es decir se pone una limitación adicional en este tipo de reagrupación. Los descendientes y/o cónyuge o pareja, obtenían la autorización de trabajo en paralelo a la de residencia temporal.

- c) Se introduce el concepto de residente de larga duración de nacionales de terceros países.
- d) La estancia máxima en un centro de internamiento para extranjeros se eleva de 40 a 60 días.
- e) Se reconocen los derechos de reunión y manifestación, asociación, sindicación y huelga de los extranjeros independientemente de su situación administrativa.
- f) Prevé nuevas infracciones para evitar actuaciones fraudulentas, como los matrimonios de conveniencia. Dichas prácticas se penalizan con multas de entre 10.001 y 100.000 euros.
- g) La prohibición de entrada en el país durante un período de hasta 10 años que acarrea la expulsión de los indocumentados queda reducida a 5 años.
- h) Se garantiza la educación para todos los extranjeros menores de 18 años, independientemente de su situación administrativa en todos los niveles de educación.
- i) Se contemplan infracciones graves y/o muy graves. Tal es el caso de trabajar sin permiso o no dar de alta al trabajador en la Seguridad Social, entre otras.

d.1) Reglamento de Extranjería aprobado mediante Real Decreto 557/2011 de 20 de abril

En abril de 2011, tras arduos debates por parte de la sociedad civil, se aprueba el nuevo Reglamento de la LO 4/2000, como consecuencia entre otras cosas de la necesidad de una nueva reglamentación acorde con las modificaciones efectuadas por la LO 2/2009. Se justifica su aprobación en los profundos cambios producidos en la

realidad migratoria española en los últimos años, como es el caso de la disminución del número de solicitudes de autorización inicial de trabajo y el aumento significativo de las solicitudes de renovación de autorización de residencia. Con el nuevo Reglamento se pretendió agilizar y viabilizar los diversos procedimientos de extranjería, sin descuidar la política de control migratorio y de lucha contra las mafias de trata de personas e inmigración ilegal, desarrollando normativamente las normas comunitarias traspuestas mediante la LO 2/2009²⁰⁹. Asimismo, se pretendió incentivar el retorno voluntario de inmigrantes y propiciar la inmigración de investigadores y de personal altamente cualificado.

Según CORDERO²¹⁰, el nuevo Reglamento de Extranjería pretende plasmar los principios de la política migratoria reconocidos por primera vez en la LO 2/2009, entre los cuales se encuentran la ordenación de los flujos migratorios laborales concordada con la situación nacional de empleo, la integración social de las personas inmigrantes, la lucha contra la inmigración irregular y las relaciones con terceros países en materia de inmigración. Entre las principales novedades del nuevo Reglamento de Extranjería tenemos:

- a) Se establece una regulación más detallada de la autorización de regreso, estableciéndose un máximo de 90 días. Asimismo se concretan las circunstancias de la custodia en puestos fronterizos, y se fija un plazo de prescripción para las salidas obligatorias y las devoluciones.
- b) La exigencia de visado de tránsito aeroportuario será la establecida por la Unión Europea, y se incorporan las modificaciones del Código Comunitario de Visados²¹¹.
- c) Se realiza el desarrollo normativo de la transposición de la Directiva 2004/114/CE²¹², en lo referente a estancias por estudios, simplificándose las normas de procedimiento, estableciéndose la figura de la prórroga de estancia por estudios,

²⁰⁹Relación de Directivas traspuestas en la cita anterior.

²¹⁰CORDERO LOZANO, C., *Expulsión, devolución y retorno de extranjeros*, Bosch, Barcelona, 2011, pág. 7.

²¹¹Reglamento (CE) N° 810/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, por el que se establece un Código comunitario sobre visados (Código de visados).

²¹²Directiva 2004/114/CE, relativa a estancias por estudios, investigación o formación, intercambio de alumnos, prácticas no laborales o servicios de voluntariado.

hasta la resolución del procedimiento. La autorización de estancia por estudios, permite realizar actividades por cuenta propia, disponiéndose un régimen especial para los estudios de especialización en el ámbito sanitario.

- d) En lo referente al ámbito laboral, se regulan los medios económicos, materiales y personales a acreditar por el empleador, así como lo relacionado con el alta en la Seguridad Social. En lo que respecta a la renovación de la autorización se contempla la figura del “Informe de Esfuerzo e Integración²¹³”, cuya elaboración es competencia de la Comunidad Autónoma del lugar de residencia del extranjero.

- e) Se introducen normas destinadas a desarrollar la transposición de la Directiva de investigadores²¹⁴, así como la Directiva de profesionales altamente cualificados o Tarjeta azul²¹⁵. Finalmente, se incluye un capítulo dedicado a regular los efectos del retorno voluntario de la persona extranjera en el supuesto de que decidiera volver a España²¹⁶.

- f) Facilita la movilidad, a otro Estado miembro, del titular de una autorización de residencia de larga duración así como la de su familia. Se exige residencia legal y continuada en España durante 5 años o en la UE como titulares de la tarjeta azul - UE. Se establecen supuestos de recuperación de una residencia de larga duración, cuando el extranjero regrese a España finalizado el periodo de su compromiso de no retorno²¹⁷.

²¹³Se trata de un informe que emite una Comunidad Autónoma, a solicitud de un ciudadano extranjero que desea realizar la renovación de residencia en España. El informe tendrá como contenido mínimo la certificación, en su caso, de la participación activa del extranjero en acciones formativas destinadas al conocimiento y respeto de los valores constitucionales de España, los valores estatutarios de la Comunidad Autónoma en que se resida, los valores de la Unión Europea, los derechos humanos, las libertades públicas, la democracia, la tolerancia y la igualdad entre mujeres y hombres, así como el aprendizaje de las lenguas oficiales del lugar de residencia. En este sentido, la certificación hará expresa mención al tiempo de formación dedicado a los ámbitos señalados.

²¹⁴Directiva 2005/71/CE, de 12 de octubre de 2005, del Consejo, relativa a un procedimiento específico de admisión de los nacionales de terceros países a efectos de investigación científica (DOUE de 3 de noviembre de 2005).

²¹⁵Directiva 2009/50/CE, del Consejo, 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 (DOUE de 18 de junio de 2009).

²¹⁶Directiva 2008/115/CEE, de 16 de diciembre de 2008, del Parlamento Europeo y el Consejo, relativa a las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación de estancia ilegal (DOUE de 24 de diciembre de 2008).

²¹⁷Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre, de 2003, relativa al Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DOUE de 23 de enero de 2004).

- g) Se mantiene la figura del arraigo pero con dos cambios importantes. Por una parte, se reduce el periodo de relación laboral a acreditar en el denominado arraigo laboral (6 meses); por otra parte, se introduce la figura del arraigo familiar para progenitores de menores españoles.
- h) Se introduce, como novedad, un capítulo destinado a regular la figura de la víctima de violencia de género, en el que opera la figura de la autorización provisional de residencia y trabajo²¹⁸. También se incorpora la figura de la víctima de trata de seres humanos, tanto en su vertiente de trata con fines de explotación sexual como en su vertiente de fines de explotación laboral²¹⁹.
- i) Se incorporan varias mejoras en lo referente con los menores extranjeros, tanto acompañados como no acompañados. Se configura un régimen jurídico integral, de especial interés en el caso de estos últimos. Se regula con detalle el procedimiento de repatriación del menor, con intervención del Ministerio Fiscal, así como el procedimiento del tránsito de la minoría a la mayoría de edad²²⁰.

²¹⁸Según el nuevo reglamento de extranjería la mujer extranjera en situación irregular, víctima de violencia de género, tendrá derecho a la suspensión del procedimiento administrativo sancionador incoado hasta la finalización del proceso penal iniciado en contra del agresor. Asimismo se podrá acoger a una autorización provisional de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales desde que se haya dictado una orden de protección que aprecie la existencia e indicios de violencia de género, cuya duración se prolongará hasta la resolución del proceso penal. A los hijos menores de edad de dichas mujeres se les emitirá una autorización provisional de residencia por circunstancias excepcionales y en el caso de que sean mayores de 16 años en el momento de la denuncia se les emitirá una autorización provisional de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales. Los procedimientos antes citados tendrán una tramitación preferente. Una vez finalizado el proceso penal en contra del supuesto agresor, si la sentencia es condenatoria, la autorización de residencia será de 5 años y se procederá al archivo del procedimiento sancionador. En caso de sentencia absolutoria se procederá a la denegación de la autorización solicitada y se iniciará o continuará el procedimiento sancionador.

²¹⁹Si el extranjero en situación irregular es víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, explotación laboral o de tráfico ilícito de mano de obra, podrá acogerse a la exención de responsabilidad penal o administrativa y a la suspensión temporal del procedimiento sancionador incoado. Asimismo en lo referente al periodo de restablecimiento y reflexión se regula más claramente y se propicia el retorno asistido posible al país de procedencia. En el caso de menores de edad se preservará el interés superior del mismo.

²²⁰Entre las mejoras efectuadas tenemos:

- a) La determinación de la edad se realizará mediante un procedimiento bajo la dirección del Ministerio Fiscal.
- b) Para el procedimiento de repatriación se incluirá una petición de informes, periodo de prueba, trámite de audiencia, resolución y ejecución. Asimismo se permitiría la Intervención del representante del menor con la posibilidad de que siendo menor de 16 años pueda nombrar a un defensor judicial.

d.2) El Real Decreto 844/2013 de 31 de octubre

En el mismo año, con fecha, de 31 de octubre de 2013, se aprueba el Real Decreto 844/2013 por el que se modifica el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril. Como hemos visto, la Ley Orgánica 2/2009 introdujo en el ordenamiento jurídico español la figura del residente de larga duración, como consecuencia de la transposición de la Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración. Dicha Directiva ha sido reformada por la Directiva 2011/51/UE, de 11 de mayo, por la que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, con el fin de extender su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional.

El Real Decreto 844/2013 tiene como finalidad desarrollar normativamente, la transposición de la referida Directiva, En ese sentido se pretendió ampliar el contenido de la Disposición final segunda de la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. El contenido esencial del citado Real Decreto, fue el de reconocer a los beneficiarios de protección internacional que se encuentren en España, como plazo computable para obtener la condición de Residente de Larga Duración, una parte o la totalidad del periodo transcurrido desde la fecha de solicitud de protección internacional hasta su efectiva concesión; en dicho caso, si el periodo de espera hubiese sido menor o igual a 18 meses, se computará como residencia efectiva el 50% de dicho periodo, en cambio si el periodo superase dicho tiempo, se computará como periodo de residencia efectiva en España, la totalidad de dicho tiempo.

-
- c) Se otorgará autorización de residencia cuando la repatriación no es posible o bien transcurridos 9 meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores.
 - d) Creación del Registro de Menores Extranjeros No Acompañados coordinado por la Fiscalía General del Estado.

e) **La LO 10/2011 de 27 de julio**

Posteriormente en julio de 2011, y ante el incremento significativo de los casos de trata de personas por parte de mafias organizadas, así como de violencia en contra de las mujeres en especial aquellas extranjeras en situación irregular, surgió la necesidad de legislar en materia de protección a la mujer extranjera en materia de violencia de género, así como a las personas víctimas de trata de personas, promulgándose para ello la L.O. 10/2011, de 27 de julio²²¹.

La Ley de Extranjería establece en su artículo 31 bis, apartado dos, que las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género que estén en situación de irregularidad y denuncien a su agresor, tendrán la prerrogativa de que su expediente administrativo sancionador quedará suspendido hasta la resolución del procedimiento penal respectivo. Asimismo, se establece que la denunciante (mujer extranjera en situación de irregularidad) podrá solicitar una autorización de residencia y trabajo por circunstancias extraordinarias, la que no se resolverá hasta que concluya el procedimiento penal, sin perjuicio de que las autoridades competentes puedan conceder mientras tanto una autorización provisional. También establece el mismo artículo que cuando del procedimiento penal concluido no pudiera deducirse la situación de violencia de género, continuará el expediente administrativo sancionador inicialmente suspendido con la consiguiente expulsión del país, si el caso lo amerita.

Por otro lado, mediante la LO 10/2011 se incorporan también los apartados 2 y 3 del artículo 59 bis de la LO 4/2000, en los cuales en el caso de las víctimas de trata de seres humanos, la suspensión del expediente de expulsión deriva de la apertura de un período de restablecimiento y reflexión, con una duración mínima de 30 días, durante el cual la víctima debe decidir si coopera con las autoridades en la investigación del delito y, en su caso, en el proceso penal subsiguiente. En este caso, también se pretende perfeccionar la coherencia normativa con el Convenio Número 197 del Consejo de Europa, de 16 de mayo de 2005, de lucha contra la trata de seres humanos, que exige brindar asistencia integral a las víctimas de trata, independientemente de si colaboran o no y de su situación administrativa.

²²¹LO 10/2011 que introdujo los artículos 31º bis y 59º bis de la LO 4/2000.

f) Real Decreto- Ley 16/2012 de 20 de abril

En el año 2012, y como consecuencia de la grave crisis económica que afectó a España, el Gobierno aprueba el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, cuya finalidad formal fue la de obtener un ahorro aproximado de 7,000 millones de euros, para lo cual se adoptan una serie de medidas de gran calado, que suponen una transformación del sistema nacional de salud. Las reformas versan sobre los siguientes temas:

- a) Derecho a la asistencia sanitaria pública.
- b) Cartera de servicios del sistema nacional de salud.
- c) Creación del fondo de garantía asistencial.
- d) Reforma de la prestación farmacéutica.
- e) Medidas en materia de recursos humanos.

Como parte de esta trascendental transformación del sistema sanitario público español, se modifican artículos de leyes y normas vigentes en relación al derecho a la protección de la salud. Entre las normas modificadas se encuentra la LO 4/2000, en lo referente al derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros²²², suprimiéndose lo establecido originalmente en el artículo 12º de la Ley, que disponía el derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros empadronados en algún Municipio español, independientemente de su situación administrativa. La nueva norma condiciona el derecho a la asistencia sanitaria a los extranjeros que se encuentren en situación regular, es decir que cuenten con autorización de residencia vigente, permaneciendo sólo el derecho a la atención médica de los inmigrantes irregulares en los casos de urgencias médicas, parto y atención de menores de edad.

Como respuesta a dicha medida del Gobierno, las Comunidades Autónomas reaccionaron de diversa manera, como veremos más adelante. A pesar de la oposición

²²²Artículo 12. *Derecho a la asistencia sanitaria.*

Los extranjeros tienen derecho a la asistencia sanitaria en los términos previstos en la legislación vigente en materia sanitaria.

del gobierno, algunas como Euskadi y Navarra mantuvieron la atención sanitaria a los extranjeros en situación irregular que entre otros requisitos, demostraran vivir en sus respectivos territorios por un plazo mínimo de un año.

g) La LO 4/2013 de 28 de junio

Con fecha 28 de junio de 2013 se promulga la LO 4/2013, de reforma del Consejo General del Poder Judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, con la finalidad de mejorar el sistema judicial español incluyéndose en su Disposición Final Segunda la modificación de la LO 4/2000. Se modifica en primer término el artículo 32º de la Ley de Extranjería, con el objetivo de extender su ámbito de aplicación a los beneficiarios de protección internacional y dar cumplimiento a lo previsto en la Directiva 2011/51/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2011, por la que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo. Además se modifica el artículo 57, para recoger un régimen de protección reforzada en el caso de expulsión de beneficiarios de protección internacional que gocen del régimen de residentes de larga duración. De esta manera, también se da cumplimiento a lo previsto en la Directiva 2011/51/UE del Parlamento Europeo y del Consejo²²³, de 11 de mayo de 2011, por la que se modifica la Directiva 2003/109/CE del Consejo²²⁴.

2.2.6 Normativa sobre los CIE

²²³Directiva 2011/51/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2011, por la que se modifica la Directiva 2003/109/CE en lo referente al estatuto de protección internacional de los extranjeros extracomunitarios, otorgándoles la posibilidad de obtención de residencia de larga duración bajo ciertas condiciones.

²²⁴Directiva 2003/109/CE del Consejo de 25 de noviembre de 2003 relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, que se emitió como un mecanismo de regulación de los derechos relativos a los ciudadanos extranjeros extracomunitarios que posean un permiso de residencia de larga duración. En la reunión extraordinaria de Tampere, celebrada los días 15 y 16 de octubre de 1999, el Consejo Europeo proclamó que el estatuto jurídico de los nacionales de terceros países debería aproximarse al de los nacionales de los Estados miembros y que a una persona que resida legalmente en un Estado miembro, durante un período de tiempo aún por determinar, y cuente con un permiso de residencia de larga duración, se le debería conceder en ese Estado miembro un conjunto de derechos de carácter uniforme lo más cercano posible al de los ciudadanos de la Unión Europea.

a) Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999, sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros

En el mes de febrero de 1999, vale decir catorce años después de emitirse la primera Ley de Extranjería en el año 1985, mediante la cual se aprueba la creación de los Centros de Internamiento para Extranjeros, se aprobó la Orden Ministerial del Ministerio de Interior, que regulaba el funcionamiento y régimen interior de los CIE.

La norma que ha sido materia de muchas críticas constaba de treinta y nueve artículos, Siete Capítulos, dos Disposiciones Adicionales, una Transitoria, una Derogatoria y una Disposición Final. Como dato relevante debemos señalar que en su Disposición Adicional Segunda se crean los CIE de Madrid, Barcelona, Valencia, Murcia, Málaga y Las Palmas. La primera crítica que recibió dicha norma fue la de su categoría normativa, al tratarse de un Reglamento de los Centros de internamientos para Extranjeros, éste debía ser aprobado mediante Real Decreto y no mediante una Orden Ministerial²²⁵.

Por su parte el artículo 2.2 de la referida Orden Ministerial, precisa que en último término será la autoridad judicial que hubiera acordado la medida de internamiento, quien velará por el respeto de los derechos fundamentales de los extranjeros ingresados. Es decir, se recoge el derecho de interlocución directa del detenido con el Juez en caso de considerar conculcados sus derechos fundamentales. Sin embargo, en la práctica no era tan sencillo para el extranjero acudir al Juez, como lo veremos en los Capítulos posteriores.

Con respecto al tiempo máximo de internamiento, el artículo 4^a establecía un periodo máximo de internamiento de 40 días, que como bien sabemos posteriormente, con la modificación de la LO 4/2000, en el año 2009²²⁶, fue modificado a 60 días. Por

²²⁵ BELGRANO, M: “Nuevo Reglamento de los CIE. Una oportunidad perdida”, accesible en <http://www.abogacia.es/2014/03/27/nuevo-reglamento-de-los-cie-una-oportunidad-perdida/>, fecha de consulta: 23/02/2015 y; PEREZ SALES, P, “Situación de los Centros para Extranjeros en España”, CEAR, Madrid, 2009, págs. 45-46.

²²⁶ Norma modificada mediante LO 2/2009.

otro la Orden Ministerial, en su artículo 8 fijaba lo siguiente en cuanto a la dirección de los Centros de Internamiento para Extranjeros:

“Artículo 8. Dirección:

- 1. Al frente de cada Centro de Internamiento de Extranjeros se hallará un Director del mismo, nombrado por el Director general de la Policía, previo informe del Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma, entre funcionarios de las Administraciones Públicas del grupo A.*
- 2. El Director del centro dependerá funcionalmente de la Comisaría General de Extranjería y Documentación, con independencia de las competencias del Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma que se señalan en el artículo 5.2. Este funcionario se integrará orgánicamente en la plantilla policial de la provincia donde esté ubicado el centro.*

El Director será responsable del correcto funcionamiento del centro, asumiendo las siguientes funciones:

- a) Representar al centro en sus relaciones con autoridades, centros, entidades o personas y a la Administración dentro del mismo.*
- b) Impartir las directrices de organización de los distintos servicios del centro y coordinar y supervisar su ejecución, inspeccionando y corrigiendo cualquier deficiencia que observe.*
- c) Impulsar, organizar y coordinar las actividades del centro, adoptando las resoluciones que sean procedentes.*
- d) Desempeñar la jefatura de personal del centro.*
- e) Adoptar, dentro de sus competencias, las medidas necesarias para asegurar el orden y la convivencia entre los extranjeros y asegurar el cumplimiento de sus derechos.*
- f) Convocar y presidir la Junta de Régimen.*
- g) Ejecutar las resoluciones de la autoridad judicial por las que se acuerde la entrada, salida y traslado de los extranjeros.”*

Como es de verse, dicho artículo otorga de hecho y de derecho el control absoluto al Director del CIE, y por dicha razón hemos procedido a su transcripción literal. De igual forma el artículo 28 de la Orden refuerza aún más esta idea, cuando otorga al Director del Centro el control y desenvolvimiento incluso de los servicios de alimentación. Dicha circunstancia viene reforzada por la propia LO 4/2000 en su art. 62. Sexto:

“En cada centro de internamiento de extranjeros habrá un director responsable de su funcionamiento para lo cual deberá adoptar las directrices de organización necesarias, coordinando y supervisando su ejecución. Asimismo será el responsable de adoptar las medidas necesarias para asegurar el orden y la correcta convivencia entre extranjeros y asegurar el cumplimiento de sus derechos, y de la imposición de medidas a los internos que no respeten las normas de correcta convivencia o régimen interior.”

Si bien es cierto que existe lo que la propia Orden llama Junta de Régimen (en clara nomenclatura penitenciaria, pese a que como ha sido recogido en la Ley de Extranjería y normas conexas los CIE no tienen carácter de tal), ésta no tenía más que una mera función consultiva, como así se declara en el art. 11 del mismo cuerpo normativo.

La Orden Ministerial no contemplaba la posibilidad de supervisión ni control de ningún otro tipo de autoridad u órgano colegiado, más allá del Director del centro y su Jefe de Seguridad, lo cual hacía muy dudoso su buen funcionamiento.

Asimismo el régimen interior de los CIE, según la Orden Ministerial era en la praxis carcelario, tal es así que en el artículo 29º se regulan los horarios de la siguiente manera:

“Artículo 29. Horario:

1. El horario del Centro de Internamiento de Extranjeros determinará el régimen de actividades diarias a desarrollar por los extranjeros ingresados durante la jornada diurna, teniendo en cuenta las estaciones del año y la climatología propia del lugar donde se halle ubicado el centro, sin que, en ningún caso, tal jornada pueda

comenzar antes de las ocho horas ni terminar después de las veinticuatro horas de cada día.

2. El horario de actividades deberá hacer especial referencia a los actos de aseo e higiene personal, visita médica, comidas, visitas externas, comunicaciones telefónicas, paseo al aire libre, ocio y descanso. Salvo por razones especiales y de urgencia, debidamente justificadas, el horario establecido deberá ser cumplido puntualmente por todos.

3. El tiempo se distribuirá de manera que se garanticen ocho horas diarias para el descanso nocturno, así como, al menos, dos horas de paseo diurno bajo la correspondiente custodia y vigilancia”.

Hemos transcrito algunos artículos de la Orden Ministerial, con la finalidad de graficar más claramente la organización de los CIE. Como podemos apreciar, a pesar de no ser formalmente cárceles, estaban organizadas como centros penitenciarios. Lamentablemente, como veremos a lo largo de la presente investigación, la situación no ha cambiado mucho con el actual Reglamento de los CIE.

Por otro lado, la Orden Ministerial presentaba importantes vacíos legales, entre los más notables podemos destacar la ausencia de una normativa de infracciones y sanciones de los internos, quedando a la discrecionalidad del Jefe de Seguridad y del Director del Centro la aplicación de medidas correctivas, sanciones o el uso de las celdas individuales, y lo que sería el criterio de trasgresión y la proporcionalidad de la pena; en la misma línea el régimen preveía el empleo de la fuerza física con el fin de restaurar la normalidad en caso de problemas. Según la Orden Ministerial, salvo que exista una infracción penal, no existía obligación de informar al Juez de este tipo de incidentes, si bien la Ley Orgánica especifica que el Juez es quien debe controlar permanentemente la situación del detenido, por lo que estaría implícitamente señalado que debe ser informado de cualquier eventualidad.

Como es de verse, esta norma presentaba serias lagunas normativas y también normas vulneratorias de los derechos de los extranjeros. Por dicha razón fueron objeto

de un recurso de nulidad de algunos de sus artículos ante el Tribunal Supremo²²⁷, como consecuencia de ello se anularon los apartados 1, 2 y 3 del artículo 30²²⁸, el apartado 5 del artículo 33²²⁹ y el artículo 34²³⁰ que establecían limitaciones a ciertos derechos. De igual forma la Orden Ministerial era materia de numerosas críticas por parte de las ONGs pro derechos de los Extranjeros, en el Informe de CEAR del año 2009²³¹, se realiza un interesante recuento de las principales críticas que recibía la norma citada, el mismo que pasaremos a detallar:

“1 Creación de una categoría de sujetos regidos bajo un régimen de excepcionalidad sin garantías.

2 Creación de una bolsa de personas sin papeles.

²²⁷ STS Sala 3ª de 11 de mayo de 2005.

²²⁸ 1. A su ingreso en el Centro de Internamiento de Extranjeros, se hará entrega a los extranjeros ingresados del boletín informativo previsto en el artículo 20, que estará redactado en aquellos idiomas de grupos significativos de extranjeros en los centros españoles. A los extranjeros que desconozcan los idiomas en que se encuentre redactado el boletín se les hará una traducción por los empleados u otros extranjeros ingresados que conozcan la lengua del interesado, y, si fuese necesario, se recabará la colaboración de los servicios consulares del Estado a que aquél pertenezca. En todo caso, a quienes no puedan entender la información proporcionada por escrito les será facilitada la misma por otro medio adecuado.

2. Todo extranjero ingresado tiene derecho a solicitar entrevista personal con el Director del centro a fin de formular peticiones y quejas sobre aspectos relativos al funcionamiento del centro, pudiendo presentarlas por escrito y, si así lo desea, en sobre cerrado, expidiéndosele en este caso el correspondiente recibo.

3. Con independencia de lo dispuesto en el apartado anterior, los extranjeros ingresados podrán formular las peticiones o quejas, o interponer los recursos que correspondan, ante el Juez de Instrucción a cuya disposición se encuentren o ante el Ministerio Fiscal.

²²⁹ 5. Todas las peticiones y quejas a que se refieren los apartados anteriores, deberán presentarse ante el Director del centro, que las remitirá, en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas, a la autoridad u órgano a quien vayan dirigidas.

²³⁰ *Artículo 34 Medidas para garantizar el orden y la convivencia en los Centros de Internamiento de Extranjeros*

1. En los supuestos de alteración del orden y de la seguridad del centro o de sus empleados o de otros extranjeros ingresados, derivada del incumplimiento de las obligaciones mencionadas en el apartado anterior, el Director del centro podrá autorizar, por el tiempo estrictamente necesario, el empleo de la fuerza física legítima con el fin de restablecer la normalidad, todo ello bajo los criterios de oportunidad, congruencia y proporcionalidad.

En caso de urgencia tales medidas serán adoptadas por el Jefe de la Unidad de Seguridad, el cual dará cuenta con la mayor brevedad posible al Director del centro.

2. Cuando la alteración del orden y de la seguridad se efectúe empleando violencia o portando medios peligrosos, previa reducción inmediata del agresor y decomiso de tales instrumentos, el Director del centro podrá autorizar la separación preventiva del mismo por el tiempo indispensable, en habitación individual, de similares características y dotación a las demás existentes en el centro, dando cuenta inmediatamente de esta medida y de los hechos que la hubieran motivado al Juez de Instrucción a cuya disposición se encuentre dicho extranjero. Esta medida se adoptará mediante resolución motivada del Director del centro, y le será notificada oportunamente al extranjero al que le hubiere sido impuesta.

3. Si los hechos realizados por el extranjero fueran presuntamente constitutivos de infracción penal, se instruirán las oportunas diligencias y se dará traslado de las mismas a la autoridad judicial competente y al Ministerio Fiscal.

²³¹ PEREZ – SALES, P., *Situación de los Centros de Internamiento para extranjeros en España*, cit., págs. 45- 46.

3 *Estructura equivalente a las cárceles, pero sin la logística y el personal adecuado para ello, lo cual conlleva:*

a) *Efecto criminalizador.- Las personas detenidas son a efectos prácticos tratados como delincuentes, lo que no sólo es vulnerador de derechos sino que causa un profundo impacto personal y emocional, tanto en los propios detenidos como en las autoridades y población de los países a los que pertenecen.*

b) *Se carece de personal que atienda a las necesidades sociales y personales de los internos y el personal de seguridad, carece de formación específica.*

c) *Se carece de actividades o rutinas adecuadas a la duración del internamiento.*

4 *La Orden Ministerial presenta importantes lagunas. Entre las más relevantes la ausencia de normativa de sanciones ni de criterios para el uso de la fuerza, quedando a la discrecionalidad del Director y el Jefe de Seguridad, sin obligación de notificación al Juez de no mediar lesiones graves“.*

b) Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo- Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento para extranjeros

Luego de arduos debates y cambios en los proyectos de la norma, se promulgó en marzo de 2014 mediante Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, el Reglamento de Funcionamiento y Régimen Interior de los Centros de Internamiento para Extranjeros.

Como hemos indicado, hasta antes de su emisión no existía un Reglamento que normara el funcionamiento de los CIE en España, toda la regulación recaía en la obsoleta Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999. Sin embargo, esta reglamentación no es más que una puesta al día de la Orden de 22 de febrero de 1999, y sigue sus premisas básicas, perdiendo la gran oportunidad de avanzar en el contenido de los derechos de los internos, sus relaciones con los organismos de seguridad y control y sobre todo adecuar la norma y dar respuesta a la regulación de los derechos que deben de gozar, de conformidad con los preceptos de la Ley de Extranjería²³².

²³²BELGRANO, M: “Nuevo Reglamento de los CIE. Una oportunidad perdida”, accesible en <http://www.abogacia.es/2014/03/27/nuevo-reglamento-de-los-cie-una-oportunidad-perdida/>, fecha de consulta: 23/02/2015.

Como veremos más adelante, en lo concerniente a los derechos de los extranjeros que son ingresados en los CIE, en el Reglamento no se avanza en la forma de ejercicio de los derechos de los internos, aunque si bien en algunos se nota una ligera mejora, como son los puntos relativos a asistencia médica, asistencia letrada y asistencia social; aunque no en la forma más adecuada, dado que el Reglamento no arregla las verdaderas disfunciones producidas por la práctica diaria que se lleva a cabo dentro de los CIE, con mermas en los derechos de los internos.

El Reglamento consta de siete títulos, cincuenta y nueve artículos y tres disposiciones adicionales, es un documento bastante claro y ordenado, pero como lo hemos afirmado anteriormente no soluciona los problemas de fondo en cuanto a la regulación de los derechos de los internos. Este Reglamento también contemplaba la posibilidad de que el extranjero que no hubiera permanecido ingresado el tiempo máximo de 60 días, una vez liberado pudiera ser ingresado nuevamente, por las mismas causas, por el periodo que restare hasta completarse los 60 días. Lo narramos en pasado, porque dicho precepto fue declarado nulo por el Tribunal Supremo²³³ como lo veremos a continuación.

Con fecha 14 de mayo de 2014, el Reglamento fue objeto de un recurso contencioso administrativo ordinario por parte de la Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía, por la Federación de Asociaciones de S.O.S. Racismo del Estado Español y por la Federación Andalucía Acoge; en este recurso se solicitó la declaración de ilegalidad de los siguientes preceptos del Reglamento:

1.- Artículo 5.2;

- Inciso “en la medida de lo posible” contenido en el segundo párrafo del artículo 7.3;
- Inciso “y existan módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar de la letra K) del artículo 16.2;
- Incisos “en aquellas zonas o espacios en los que por razones de seguridad así lo aconsejen”, “podrá” y “dicha medida será propuesta por

²³³STS de 10 de febrero de 2015.

el Director del Centro y autorizada por la Comisaría General de Extranjería y documentación” del artículo 14;

- Inciso “podrá solicitarse un nuevo internamiento del extranjero por las mismas causas que determinaron el internamiento anterior, cuando habiendo ingresado con anterioridad no hubiera cumplido el plazo máximo de sesenta días, por el periodo que resta hasta cumplir éste”, del artículo 21,3;

- Inciso” cuando no se observen las referidas normas, la comunicación podrá ser suspendida por los funcionarios encargados de la vigilancia, dando inmediata cuenta a la dirección a fin de que adopte la resolución que proceda”, contenido en el artículo 42,8;

- Conjunción “o” contenida en el párrafo primero del artículo 55.2;

2.- Artículo 56.2, inciso “y los no autorizados” del artículo 56.3 y la letra b) de este último número.

Dicho recurso fue conocido en la instancia respectiva por parte del Tribunal Supremo, declarando fundado en parte el recurso e ilegales algunos artículos del Reglamento, mediante sentencia del 10 de febrero de 2015. Los preceptos declarados ilegales son los siguientes:

- Se declara inaplicable el inciso “ y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar” del artículo 62 bis 1.i) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero; se declaran inválidos y nulos los incisos “en la medida de lo posible”, del artículo 7.3, segundo párrafo, y “existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar “del artículo 16.2 k) del Reglamento de Funcionamiento y Régimen Interior de los Centros de Internamiento de Extranjeros.
- Se declara inválido y nulo el inciso “Podrá solicitarse un nuevo internamiento del extranjero, por las mismas causas que determinaron el internamiento anterior, cuando habiendo ingresado con anterioridad no hubiera cumplido el plazo máximo de sesenta días, por el periodo que resta hasta cumplir éste “del artículo 21.3 del Reglamento; se anulan por

conexión, los términos “igualmente” y “ en este caso”, del segundo inciso del mismo apartado, cuya redacción queda de la siguiente manera: “Se podrán solicitar nuevos ingresos del extranjero si obedecen a causas diferentes, por la totalidad del tiempo legalmente establecido”.

- Se declara inválido y nulo el apartado 2 del artículo 55 del Reglamento impugnado, debiendo aplicarse las medidas de registro personal contempladas en el artículo 62 quinquies, apartado 1, de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

Como puede verse, el Reglamento de Funcionamiento de los CIE, no sólo deja vacíos en cuanto a la regulación de ciertos derechos de los extranjeros que son internados, tal como veremos más adelante, sino también desde su inicio ha sido materia de recursos judiciales que han determinado la declaración de nulidad de varios de sus preceptos. En consecuencia podemos colegir, que la situación real en la que se encuentran los CIE en España, está vinculada estrechamente a la deficiente normativa que ha existido y aún existe. En el presente capítulo no profundizaremos al respecto, dado que ello es materia de los próximos capítulos de nuestra investigación, sin embargo hemos querido realizar una primera aproximación al problema normativo, que a nuestro entender, constituye pilar fundamental de los problemas de los CIE en España.

2.2.7 Normas Conexas en materia de extranjería

En lo que concierne a normas conexas debemos señalar en primer orden el Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, que es la norma que regula el denominado “régimen comunitario” y que es aplicable a los ciudadanos europeos y a sus familiares sean éstos comunitarios o de terceros países. Este Real Decreto viene a constituir la transposición y el desarrollo normativo de la Directiva 2004/38/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros por la que se modifica el Reglamento (CEE) N°

1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE.

Dicha Directiva Europea regula el derecho de entrada y salida del territorio de un Estado miembro, el derecho de residencia de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de su familia, y los trámites administrativos que deben realizar ante las Autoridades de los Estados miembros, regulando también el derecho de residencia permanente, estableciendo además limitaciones a los derechos de entrada y de residencia por razones de orden público, seguridad pública o salud pública.

En dicha Directiva se determina el derecho a la reagrupación familiar como un derecho inherente a la libre circulación y residencia en el territorio de otros Estados miembros de la Unión Europea del ciudadano comunitario. En cumplimiento de ella el Real Decreto 240/2007, contempla la posibilidad de que el ciudadano comunitario o español residente en España reagrupe a sus familiares directos²³⁴ y a los de su cónyuge o pareja de hecho, sean éstos comunitarios o de terceros países.

Es casualmente en este último hecho, en el cual radica la vinculación de esta norma con el tema materia de la presente investigación, dado que en ciertas situaciones que estudiaremos más adelante, un familiar no comunitario de un ciudadano español o comunitario, al no poder cumplir los requisitos económicos para la obtención de la autorización de residencia en España, podría ser sujeto de un procedimiento de expulsión en el marco del régimen general (LO 4/2000 y sus modificatorias) y por lo tanto pasible de ser internado en un CIE.

Asimismo, la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 240/2007, establece que en lo no previsto en materia de procedimientos se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, en su Reglamento, en la normativa vigente del régimen jurídico de las administraciones públicas²³⁵ y en su normativa de desarrollo, con carácter

²³⁴Según el artículo 2º del R.D. 240/2007 los familiares a los que les alcanza el derecho son: El cónyuge, la pareja de hecho registrada, sus descendientes directos y los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a cargo del ciudadano de la Unión y los ascendientes directos y a los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo.

²³⁵ Cabe señalar que se hace referencia a la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, sin embargo conviene precisar que la misma ha sido derogada por las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo

supletorio siempre que no se opongan a lo dispuesto en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y el derecho derivado de los mismos. De igual forma en la LO 4/2000 existe la previsión normativa de la aplicación supletoria de dicha norma al régimen comunitario en cuanto pueda serle favorable²³⁶. Cabe señalar que desde su promulgación, el Real Decreto 240/2007 ha sufrido varias modificaciones²³⁷, entre ellas una derivada de la anulación de algunos de sus preceptos por parte del Tribunal Supremo, los cuales explicaremos más detalladamente en los capítulos posteriores.

Por otro lado, en virtud a que nuestro tema de estudio se encuentra estrechamente vinculado a la regulación de las infracciones, sanciones y procedimiento "en materia de extranjería", y de manera específica a la sanción de expulsión y las medidas preventivas de la detención y el internamiento que se pueden adoptar en el procedimiento administrativo sancionador; resulta necesario realizar un breve recuento de las normas que en materia de procedimiento administrativo sancionador son aplicables a los procedimientos de extranjería.

En ese sentido, debemos señalar que adicionalmente a lo regulado en la LO 4/2000 acerca de la tutela judicial efectiva y las infracciones y sanciones aplicables a los extranjeros, resulta importante mencionar que la legislación de extranjería no regula exhaustivamente todas las sanciones y los procedimientos de sanción. En atención a ello la propia Ley de Extranjería y su Reglamento, se remiten a las disposiciones sobre la potestad sancionadora previstas en el Título IX de la derogada Ley 30/1992 y en su Reglamento, debiendo en la actualidad remitirnos a lo establecido en las Leyes 39/2015,

Común de las Administraciones Públicas y Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, resultando aplicables por tanto, dichas normas.

²³⁶Artículo 1.-*Delimitación del ámbito*

“...3. Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables.”

²³⁷Modificaciones realizadas al Real Decreto 240/2007: *R.D. 1161/2009, de 10 de julio, por el que se modifica el R.D. 240/2007; Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.ª, Sección 5.ª) de 1 de junio de 2010; R.D. 1710/2011, de 18 de noviembre, por el que se modifica el R.D. 240/2007; Disposición final quinta del R.D.-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones y Disposición Final Segunda del R.D. 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.*

de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público²³⁸.

Por otra parte, las remisiones que hace la Ley Orgánica 4/2000 para desarrollar algunas de las infracciones que en ella se contienen, nos obliga a tener presentes también otras normas, como la Ley Orgánica 4/2015, de Protección de la seguridad ciudadana²³⁹, la Ley 12/2009, de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria²⁴⁰, así como el Código Penal y la Ley de Enjuiciamiento Criminal²⁴¹; la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales²⁴² y el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen²⁴³.

Asimismo, conjuntamente con la normativa que hemos reseñado existen otros instrumentos legales que inciden sobre los temas de extranjería. El primer grupo de ellos lo constituye el cuerpo normativo emitido por la Fiscalía General del Estado, que ha dictado sobre esta materia diversas Circulares, Instrucciones y Consultas desde la LO 7/1985, que sirven para la aplicación e interpretación de las leyes de extranjería, completando las lagunas que se puedan plantear en la interpretación de la ley²⁴⁴. En lo

²³⁸ Así lo disponen el artículo 50 de la LO 4/2000 y el artículo 216, 1 y 4 del Reglamento de Extranjería, aprobado por RD 557/2011 de 11 de abril.

²³⁹ Artículos 53.1, f y 54.1 a, de la LO 4/2000.

²⁴⁰ Artículo 54.3 de la LO 4/2000.

²⁴¹ Artículo 57.7 y 57.8 de la LO 4/2000.

²⁴² Artículo 59.4 de la LO 4/2000.

²⁴³ Disposición adicional séptima: *Delimitación del Espacio Schengen*, de la LO 4/2000.

²⁴⁴ Entre las principales tenemos:

- a) Consulta 5/1987, de 18 de noviembre de 1987, sobre cuestiones referentes a la expulsión de extranjeros sujetos a determinados procesos penales.
- b) Consulta 2/1990, de 10 de octubre de 1990, sobre la expulsión de extranjeros: Juez competente para decidirla y fase procesal en que debe acordarse.
- c) Consulta 12/1997, de 30 de octubre de 1997, acerca de la interpretación que deba darse al artículo 41.2 del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la LO 7/1985.
Instrucción 6/1991, de 24 de octubre de 1991, sobre garantías de las autorizaciones judiciales de internamiento de extranjeros sometidos a procedimientos de expulsión.
- d) Circular 1/1994, sobre intervención del Ministerio Fiscal en relación con determinadas situaciones de los extranjeros en España, creando los Servicios de Extranjería.
- e) Circular 3/2001, de 21 de diciembre, sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería.
- f) Circular 1/2002, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería.
- g) Instrucción 2/2001, de 28 de junio, acerca de la interpretación del artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.
- h) Instrucción 4/2001, de 25 de julio, sobre autorización judicial de la expulsión de extranjeros imputados en procedimientos penales. Esta instrucción examina el término "inculpado", debiendo

referente al segundo grupo de normas reglamentarias tenemos las Instrucciones de la Secretaria General de Inmigración y Emigración y de la Dirección General de Migraciones del Ministerio de Empleo y Seguridad Social²⁴⁵.

entender aquel a quien el Juez de Instrucción pone en su conocimiento el hecho punible y le ilustra de sus derechos, y determina el momento a partir del cual puede autorizar su expulsión.

- i) Instrucción 2/2002, de 11 de febrero, sobre organización de la Fiscalías en materia de extranjería.
- j) Instrucción 3/2003, de 23 de octubre, sobre la procedencia del retomo de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo; estableciendo en la misma que, salvo en aquellos supuestos excepcionales en que se aprecie una palmaria situación de desamparo, por los Fiscales se dictaminará a favor del retomo del menor a su punto de origen a la mayor brevedad posible (artículo 60.1 LO 4/2000). y en el caso de que el retomo no pudiera llevarse a cabo dentro de las cuarenta y ocho horas de la detención, el Fiscal de Menores se dirigirá al Juez de Menores para que autorice el internamiento en el centro de menores que designe la correspondiente Comunidad Autónoma.
- k) Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados, que ratifica la directrices de las Circulares 3/2001, de 21 de diciembre, y la Instrucción 2/2001, de 28 de junio, dejando sin efecto la Instrucción 3/2003, a la vista de las dudas que su interpretación generó.
- l) Consulta 1/2001, de 9 de mayo, sobre retomo de los extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en España, fijando su alcance y límites; intentando distinguir entre el retomo, y la expulsión.
- m) Circular 2/2006, 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España.
- n) Circular 2/2011, de 02 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración. Entre los temas más controvertidos se encuentra en que los fiscales pueden solicitar la expulsión en los supuestos de faltas (infracciones penales leves) castigadas con penas de localización permanente e incluso en los casos de responsabilidad personal por impago de la pena de multa, es decir, cuando el condenado a una pena de multa no puede pagarla y el juez ordena por ello su ingreso en prisión. Como ejemplo podemos citar el caso de los denominados “manteros”, de aquellas personas que venden productos “pirateados” sobre sus mantas.

²⁴⁵Entre las principales Instrucciones tenemos:

- a) Instrucción DGI/SGRJ/07/2006, sobre la legitimación y representación para la presentación de solicitudes de autorización de regreso y para la entrega de dichas autorizaciones.
- b) Instrucción DGI/SGRJ/06/2006, sobre autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales, por colaboración con la inspección de trabajo y seguridad social.
- c) Instrucción DGI/SGRJ/05/2006, relativa a la correcta aplicación del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, aprobado por el Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, a las solicitudes presentadas en relación con extranjeros que han suscrito un compromiso de relación de servicios profesionales con las Fuerzas Armadas.
- d) Instrucción DGI/SGRJ/06/2007 sobre acogimiento de menores extranjeros por ciudadanos españoles y el documento denominado "Kafala".
- e) Instrucción DGI/10/2008, sobre las autorizaciones de residencia temporal por circunstancias excepcionales, cuando se trate de hijos de padre ó madre que hubieran sido originariamente españoles.
- f) Instrucción DGI/SGRJ/06/2008, sobre aportación de documentos públicos extranjeros para la tramitación de procedimientos en materia de extranjería e inmigración.
- g) Instrucción DGI/SGRJ/07/2009, en relación con el concepto de prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr la inserción social ó laboral.
- h) Instrucción DGI/SGRJ/02/2009, sobre el Acuerdo de Consejo de Ministros, de 15 de julio de 2006, por el que se aprueban las Instrucciones por las que se determina el procedimiento para autorizar la residencia y el desarrollo de actividades laborales deportivas profesionales por extranjeros.
- i) Instrucción DGI/SGRJ/03/2010, sobre aplicación de la Sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de junio de 2010, relativa a la anulación de varios apartados del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

De igual forma, nos encontramos con Instrucciones y Circulares emitidas sobre la materia por el Ministerio del Interior²⁴⁶, Ministerio de Justicia²⁴⁷ y del Ministerio de Relaciones Exteriores y Cooperación²⁴⁸, que constituyen el tercer, cuarto y quinto grupo de normas respectivamente. Como es de verse, existe un abanico de normas de carácter reglamentario que complementan todos los aspectos de la ejecución de las normas orgánicas sobre extranjería que hemos reseñado anteriormente.

-
- j) Instrucción DGI/SGRJ/7/2011, por la que se da difusión a la Instrucción conjunta de la Direcciones Generales de Asuntos Consulares y Migratorios y de Inmigración sobre la aplicación del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, en materia de residencia del extranjero que ha retornado voluntariamente a su país.
 - k) Instrucción DGI/SGRJ/6/2011, sobre los artículos 31 bis y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su redacción dada por Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio.
 - l) Instrucción DGI/SGRJ/1/2011, sobre la disposición transitoria segunda del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por la Ley Orgánica 2/2009.
 - m) Instrucción SGIE 3/2013, por la que se derogan las Instrucciones DGI/SGRJ/03/2007, relativas al Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europea.

²⁴⁶

- a) Circular 1/2010 CGP para la aplicación de la reforma 2/2009 LOEX.
- b) Actualización de la Instrucción 18/2005, sobre Internos Extranjeros.
- c) Instrucciones para la elaboración de expedientes sancionadores. Circular 8/07 de la Comisaría General de Extranjería y Documentación del Cuerpo Nacional de Policía.
- d) Instrucción 12/2007. De la Secretaria de Estado de Seguridad sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del estado para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial.
- e) Instrucción nº 5/2008, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que modifica el Protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia contra la mujer.
- f) Plan Integral de lucha contra la Trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Análisis de situación y plan de acción. (Aportaciones del Ministerio del Interior.
- g) Instrucciones sobre Polizones.

²⁴⁷

- a) Instrucción de 4 de noviembre de 2008, de la Dirección General de los Registros y del Notariado sobre el derecho de opción a la nacionalidad española.
- b) Instrucción de la Dirección General de los registros y del Notariado, sobre el derecho de opción a la nacionalidad española establecido en la disposición adicional séptima de la ley 52/2007. Se presumirá la condición de exiliado respecto de todos los españoles que salieron de España entre el 18 de julio de 1936 y el 31 de diciembre de 1955.

²⁴⁸

- a) Resolución legislativa del Parlamento Europeo, de 10 julio de 2008, sobre la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se modifica la Instrucción consular común dirigida a las misiones diplomáticas y oficinas consulares de carrera en relación con la introducción de datos biométricos y se incluyen disposiciones sobre la organización de la recepción y la tramitación de las solicitudes de visado.
- b) Nuevo programa de cita previa para legalización de documentos ante el Ministerio de Asuntos Exteriores.

III) BREVE REFERENCIA A LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA

3.1 Status jurídico de los extranjeros

Si nos remitimos a la Constitución Española, podemos apreciar que en ella se hace una mención muy escueta del régimen jurídico de los extranjeros, requiriéndose muchas veces, como veremos más adelante, la interpretación del Tribunal Constitucional para su delimitación, dado que la CE en su artículo 13.1 utiliza el término libertades públicas para referirse a los derechos de los extranjeros²⁴⁹. El goce y disfrute de muchos de los derechos fundamentales, están definidos en normas con rango legal, de igual forma sucede con los procedimientos de entrada, permanencia y salida forzosa del territorio español.

Como podemos ver, el citado artículo constitucional utiliza el término “Libertades Públicas”, lo cual ha traído consigo debates con respecto a su naturaleza y alcance, dado que no resulta claro si la Constitución se está refiriendo a derechos fundamentales o a una categoría distinta, es decir que no serían en esencia derechos fundamentales. Al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado: “El art. 13.1 de la Constitución reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales”²⁵⁰. Por su parte el voto particular emitido en la STC 115/1987, señala: “Frente a tal interpretación creemos que el citado art. 13.1, al emplear sólo la locución «libertades públicas», excluyendo la de «derechos fundamentales» implica, en primer lugar, que también los extranjeros gozan de los derechos enunciados en términos genéricos por la propia Constitución y que son inherentes a la dignidad humana para utilizar la expresión empleada en las SSTC 107/1984 y 93/1985. Significa también, sin duda, en segundo término, que el legislador español está obligado a otorgar a los extranjeros que viven

²⁴⁹Artículo 13.1 CE:

"Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley".

²⁵⁰ STC 115/1987, de 11 de julio, F. J. 3.

legalmente en España el uso de las libertades públicas que garantiza el Título I, pero, también que esas libertades no tienen otro contenido que aquel que establezcan los tratados y la ley”.

Nosotros consideramos que esta interpretación del artículo 13.1 CE es la más adecuada, dado que resultaría obvio que el constituyente asumió que los derechos fundamentales abarcan no solo a los españoles, sino a todas las personas que se encuentren en España, sin establecer diferencias por nacionalidad o status jurídico.

Según GUTIERREZ²⁵¹, son fundamentales los derechos que se recogen en la Constitución, y que por tanto quedan fuera del alcance del legislador, además considera que la Constitución Española dice que los extranjeros gozarán de las libertades públicas que se garantizan en ella, en los términos que establezcan los Tratados y la Ley (art. 13.1), ello no puede significar que son titulares de los derechos fundamentales en la medida en que se los reconozca la Ley, porque supondría una contradicción lógica, dado que estos no serían verdaderos derechos fundamentales. Por su parte para LASAGABASTER²⁵², su interpretación no permite afirmar que los derechos de los extranjeros son únicamente los recogidos en los tratados y en las leyes, sino que algunos derechos de este colectivo se derivan de otros preceptos constitucionales, sin necesidad de intervención para ello del legislador o de los Tratados Internacionales.

De igual forma debemos señalar que los Tratados y las Leyes, pueden otorgar a los extranjeros ciertos derechos no contemplados expresamente en la Constitución, es en ese mismo sentido que se pronuncia VIDAL²⁵³, quien afirma que los extranjeros no son titulares de algunos derechos, pero lo pueden ser si los tratados o las leyes les reconocen esos derechos; tal es el caso por ejemplo, del derecho a la reagrupación familiar que se encuentra contemplado en la LO 4/2000.

²⁵¹GUTIERREZ GUTIERREZ, I, “Constitución española, derechos de los extranjeros”, *Jueces para la Democracia*, Nº 41, UNED, Madrid, 2001, pág. 19.

²⁵² LASAGABASTER HERRARTE, I., “Reciprocidad y derechos fundamentales: en especial el derecho de voto de los extranjeros”, *RVAP*, Nº 85, 2009, pág. 59.

²⁵³ VIDAL FUEYO, C., “El régimen jurídico constitucional de los extranjeros en España”, en ALBERDI BIDAGUREN, J.; GOIZUETA VÉRTIZ, J. (coords.), *Algunos retos de la inmigración en el siglo XXI*, Marcial Pons, Madrid, 2008, pág. 71.

Por su parte CRUZ²⁵⁴ opina que los derechos de los extranjeros tienen cuatro fuentes fundamentales: La primera la Constitución Española, la segunda los Tratados Internacionales en la materia, la tercera la Ley Orgánica de Extranjería y la cuarta la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Asimismo, debemos señalar que según el autor, el derecho de los extranjeros se clasifica en tres categorías: La primera los derechos comunes a españoles y extranjeros, la segunda los derechos derivados de la configuración legal y la tercera los derechos privativos de los españoles.

Desde nuestro punto de vista en España las normas sobre extranjería tienen tres fuentes principales: la primera, las normas comunitarias, es decir las aprobadas dentro del ámbito de la Unión Europea de la cual España es miembro, así como las normas y principios contenidos en los Tratados, Acuerdos, Convenios y otros instrumentos de naturaleza análoga, aprobados en el seno de organismos internacionales de carácter supranacional, como es el caso de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Convenio Europeo de los Derechos Humanos, etc.; la segunda, las normas de derecho interno y la tercera fuente está referida a la Jurisprudencia que sobre estos temas se ha emitido tanto, a nivel de los Tribunales internos (Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo, etc), como de los supranacionales (TEDH, TJDE, etc).

Por otro lado cabe señalar que las condiciones para la obtención de la nacionalidad española, así como los aspectos relacionados a ella, se encuentran delimitados a nivel legal y no constitucional, dado que el artículo 11.1 CE contempla que la adquisición, conservación y pérdida de la misma se define en la ley. Tal es así que en cumplimiento de la Constitución, el Código Civil regula en sus artículos 18 al 23 dichos requisitos.

La normativa que regula los derechos de los extranjeros en España está dividida en dos áreas bien definidas; la primera de ellas agrupa a las normas que sobre entrada en territorio, permanencia, estancia, residencia, irregularidad y expulsión delimitan las condiciones para que dichas personas puedan permanecer en territorio español de manera regular, a las cuales podríamos denominar meramente

²⁵⁴CRUZ VILLALÓN, P., “Dos cuestiones de titularidad de derechos: Los extranjeros; las personas jurídicas”, *Revista española de derecho constitucional*, Año 12 N° 35, mayo- agosto 1992.

administrativas; la segunda área está relacionada a los derechos y libertades de los extranjeros en el Reino de España y sus respectivos mecanismos de protección.

Antes de iniciar nuestro análisis debemos precisar quién es considerado extranjero para la legislación española, así extranjero es toda persona que permanece en territorio estatal sin tener la nacionalidad española, establecida esta categoría por la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su artículo 1.1²⁵⁵.

Asimismo, debemos aclarar que en la normativa española existen dos regímenes de extranjeros:

- a) El primero de ellos relacionado a los extranjeros no comunitarios, cuya regulación se da en la LO 4/2000. Abarca a las personas procedentes de países ajenos a la Unión Europea, como es el caso de América Latina, África, Asia, y Oceanía, los cuales poseen normas específicas en diversos temas como el permiso de residencia, la naturalización, la reagrupación familiar, etc²⁵⁶.
- b) El segundo régimen es el de los ciudadanos comunitarios a los cuales se aplica el Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, cuyos nacionales gozan de un régimen especial de regulación de sus derechos²⁵⁷. Es importante precisar que dicho régimen también se aplica a los familiares de los ciudadanos comunitarios que residan en España, sea cual sea su nacionalidad.

Los extranjeros en España, gozan de un régimen especial de regulación de sus derechos, como en la mayoría de Estados del mundo los extranjeros que se encuentren dentro del territorio de un determinado Estado se someten a las normas que regulen

²⁵⁵Artículo 1.- Delimitación del ámbito:

1. Se consideraran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española.

²⁵⁶Denominado Régimen Común, regulado por la Ley Orgánica 4/2000.

²⁵⁷Denominado Régimen Comunitario, regulado por el Real Decreto 240/2007.

dichos derechos en el Estado donde se hallen. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre los derechos de los extranjeros en varias sentencias²⁵⁸, como precedente importante, cabe mencionar la STC 107/84 que califica de indiscutible la equiparación de los derechos de los extranjeros en España con los españoles en el ámbito de las libertades públicas. En ese sentido establece:

“Existen derechos que corresponden por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos; existen derechos que no pertenecen en modo alguno a los extranjeros (los reconocidos en el artículo 23 de la Constitución, según dispone el art. 13.2 y con la salvedad que contiene); existen otros que pertenecerían o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y la leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio”²⁵⁹.

Sin embargo, debemos señalar que también hace hincapié en que el disfrute de los derechos de los extranjeros, dependerá de las leyes y los Tratados Internacionales suscritos por España. En ese sentido señala: “...A tenor del art. 13 de la Constitución, «los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la Ley», ello supone que el disfrute de los derechos y libertades -el término «libertades públicas» no tiene, obviamente, un significado restrictivo- reconocidos en el Título I de la Constitución se efectuará en la medida en que lo determinen los tratados internacionales y la Ley interna española, y de conformidad con las condiciones y el contenido previsto en tales normas; de modo que la igualdad o desigualdad en la titularidad y ejercicio de tales derechos y libertades dependerá, por propia previsión constitucional, de la libre voluntad del tratado o la Ley.”²⁶⁰. Según AJA²⁶¹, la STC 107/84 ha atribuido al legislador un papel cualitativamente relevante en la configuración del régimen de derechos fundamentales

²⁵⁸SSTC 11/1983, de 21 de febrero; 107/1984, de 23 de noviembre; 99/1985, de 30 de setiembre; 115/1987 de 7 de julio, 94/1993, de 22 de marzo ; 116/1993, de 29 de marzo; 105/1994, de 11 de abril; 242/ 1994, de 20 de julio ;24/2000, de 31 de enero; 95/2003, de 22 de mayo; 72/2005 de 4 de abril ; SSTC 236, 259, 260, 261, 262, 263, 264 y 265/2007 y 236/2007, de 7 de mayo; entre otras.

²⁵⁹STS 107/1984, de 23 de noviembre, FJ. 4, JC 10, 209.

²⁶⁰ STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ. 3.

²⁶¹AJA, E., *Veinte Años de doctrina del Tribunal Constitucional sobre los derechos de los inmigrantes, La democracia constitucional (Estudios en homenaje al prf. F. Rubio Llorente)*, Congreso de los Diputados, TC, CEPC y otros, 2002, págs. 439 y ss.

de los extranjeros, dado que se concibe que un grupo de ellos estarán determinados por lo establecido en las Leyes.

Por otro lado la STC 99/1985 de 30 de septiembre, otorga un sentido más restrictivo de las posibilidades de configuración del legislador, si bien en ella se reitera la doctrina anterior, al mismo tiempo se extraen sus consecuencias lógicas, admitiendo que determinados derechos fundamentales de los extranjeros derivan directamente de la Constitución, por cuanto su reconocimiento constitucional es aplicable por igual a españoles y extranjeros. En la citada sentencia, se reconoce que los extranjeros son titulares de derechos derivados directamente de la Constitución y en cuya regulación el legislador está limitado por la garantía del contenido esencial de dichos derechos.

Dicha postura se confirmó en la STC 115/1987 de 7 de julio, mediante la cual el Tribunal Constitucional establece que los derechos y libertades públicas vinculadas a la Dignidad Humana, son los mismos para los españoles y para los extranjeros sin distinción, existiendo otros de configuración legal cuyos alcances serán determinados por el legislador.

Sin embargo queremos resaltar el sentido del voto particular²⁶², en el cual se alega que en la sentencia se hace una errónea interpretación al art. 13.1 de la Constitución Española, debido a que con el razonamiento expuesto, se vacía de contenido el mencionado artículo, ya que se estaría habilitando al legislador para que, a través del desarrollo legal, pueda no desarrollar las garantías de los derechos e incluso limitarlos. Si bien la igualdad frente a la ley está establecida sólo para los españoles, tal y como lo dispone el art. 14 de la Carta Magna española, los Magistrados argumentan que hay ciertos derechos o libertades fundamentales, que aunque la Constitución establezca que son solo para españoles, están íntimamente ligados a la dignidad humana y por ello deben ser respetados de manera universal. Tal posición encuentra sustento jurídico en el ámbito internacional, ya que los Pactos y Tratados relacionados con la materia, y de los cuales España forma parte, establecen tales garantías.

Los Magistrados del voto particular son conscientes y están de acuerdo con que deba existir la intervención del legislador, no sólo para que desarrolle a favor algunos

²⁶²STC 115/1987, de 7 de julio, recurso de amparo núm. 485/1982, voto particular.

derechos, sino también para que regule su ejercicio, siempre y cuando dicha regulación no vaya en contra de los principios fundamentales establecidos en la Constitución y en instrumentos internacionales. En ese sentido, el voto particular establece que el término “libertades públicas”, entraña una categoría jurídica diferente al de derechos fundamentales, pues de ella se desprende que el contenido esencial de dichas “libertades” estará dado por lo que establezcan las leyes o los Tratados Internacionales, es decir, extrae de la esfera constitucional los derechos subjetivos que puedan corresponder a los extranjeros.

Por otra parte, la STC 242/1994 de 20 de julio estableció que aún cuando la doctrina del Tribunal admite que el art. 13.1 C.E. autoriza al legislador a establecer restricciones y limitaciones a los derechos fundamentales de los extranjeros en España, esta posibilidad no es incondicionada, pues no puede afectar a determinados derechos ni puede desconocer el respeto al contenido constitucional del Derecho o al incorporado a los Tratados ratificados por España. En lo referente a los derechos a los que no puede afectar, se trata de aquéllos que están conectados con la dignidad de la persona, es decir no podrá afectar a aquellos derechos “que pertenecen a la persona en cuanto tal, y no como ciudadano, es decir aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al art. 10.1 C.E., constituye fundamento del orden político español”.

En cuanto al contenido constitucional del Derecho, el TC hace referencia al contenido delimitado para el derecho por la Constitución o los Tratados Internacionales suscritos por España. Establece que: “...una cosa es autorizar diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales...”. Como es de verse, en dicha sentencia se reafirma la titularidad directa de los derechos conectados a la garantía de la dignidad humana y se limita la capacidad de configuración del legislador que deberá respetar “el contenido delimitado para el derecho por la Constitución”, lo que implica tomar al contenido esencial como límite, junto con los Tratados Internacionales suscritos por España. En el mismo sentido, la STC 95/2000, de 10 de abril, reitera la jurisprudencia anterior, extendiendo también la titularidad de los derechos de los extranjeros a todos los derechos constitucionales conectados con la realización del principio de dignidad de la persona.

Por otro lado no podemos dejar de mencionar la STC 236/2007, la cual da respuesta a las impugnaciones que se habían planteado contra la LO 8/2000, en relación con el régimen jurídico de los derechos de los extranjeros en situación irregular. El argumento principal en el que se basa el TC, estriba en estimar que la “dignidad humana” es un límite que el legislador no puede soslayar de manera alguna, que obliga a reconocer a cualquier persona la titularidad y el ejercicio de los derechos fundamentales estrechamente vinculados a ella, no pudiéndose condicionar su ejercicio a la situación de residencia legal en España de la persona²⁶³, partiendo de su doctrina anterior y, por tanto de la conexión de los derechos de los extranjeros con la dignidad de la persona y con el contenido constitucional de los Derechos, el Tribunal afirma que *“resulta decisivo el grado de conexión con la dignidad humana que mantiene un concreto derecho dado que el legislador goza de una limitada libertad de configuración al regular los derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana”*. Basa su postura en el hecho de que al legislar sobre ellos, no podrá modular o atemperar su contenido ni negar su ejercicio a los extranjeros, cualquiera que sea su situación, ya que se trata de derechos *“que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano”*. Dicha sentencia es muy importante, porque reconoce una serie de derechos a los extranjeros sin importar su situación administrativa, cuyo detalle lo pondremos de manifiesto en los apartados respectivos.

Según BALAGUER²⁶⁴ “La valoración global de la sentencia debe ser necesariamente positiva. Se trata de una decisión que recoge, en lo fundamental, las líneas doctrinales precedentes del Tribunal Constitucional, desarrollándolas y estableciendo criterios que limitarán al legislador futuro en una materia especialmente delicada como es la de los derechos fundamentales de los inmigrantes en situación irregular”, haciendo sin embargo hincapié en que en el análisis de determinados derechos, como el de reunión, se realiza un quebrantamiento de la doctrina anterior del propio TC, desligándola del derecho a la dignidad humana.

Como podemos apreciar, el sentido de la interpretación realizada por la mayoría de Sentencias del Tribunal Constitucional, ha sido el de otorgar a los

²⁶³ MARTIN MARTIN, G., *Una nueva visión de los derechos de los extranjeros. Comentario a la STC 236/2007*, cit., págs. 161-180.

²⁶⁴BALAGUER, F., *“El contenido esencial de los derechos constitucionales y el régimen jurídico de la inmigración. un comentario a la STC 236/2007 de 7 de noviembre, 2008”*, Universidad de Granada, accesible en: <http://www.ugr.es/~redce/REDCE10/articulos/15FranciscoBalaguerCallejon.htm>, fecha de consulta: 13/03/2015.

extranjeros ciertos derechos fundamentales inherentes a su condición de persona humana, más allá de su status administrativo y por otro lado, reconocer otros derechos fundamentales que estarían condicionados a su situación administrativa regular en España. Como es de verse se ha generado en las últimas décadas jurisprudencia constitucional tendente a interpretar dicha norma, y con ello delimitar el campo de acción y los derechos fundamentales de los extranjeros.

Al respecto, el Tribunal Constitucional reconoce la categoría de constitucionales a ciertos derechos de los que gozan los extranjeros, haciendo una distinción entre tres tipos de derechos fundamentales:

a) El primer grupo: conformado por los derechos inherentes a la dignidad humana, de los cuales son titulares los extranjeros en igualdad de condiciones que los españoles, en este grupo de derechos tenemos, sin ánimos de exhaustividad,: el derecho a la vida, la integridad física y moral; la libertad ideológica, religiosa y de culto; el derecho a la libertad personal y a la seguridad; el derecho al honor e intimidad personal; la libertad de expresión y de opinión; el principio de legalidad en materia sancionadora penal y administrativa, el derecho a la tutela judicial efectiva; el derecho de los reclusos a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social; el derecho a contraer matrimonio; el derecho de asociación y reunión; y el derecho a la propiedad privada y a la herencia, etc.²⁶⁵.

En ese sentido sostiene VIDAL²⁶⁶ que el denominador común de la jurisprudencia, es la consideración de que el artículo 13º.1 CE configura el régimen jurídico-constitucional de los derechos fundamentales de los extranjeros en España, afirmando que dicha perspectiva es coherente, dado que se trata del único precepto de la Constitución que menciona expresamente a los extranjeros y que, además, está incluido en el Título I, y dentro de su Capítulo primero, titulado “De los españoles y los extranjeros”. En nuestra opinión, en efecto la base legal de los derechos fundamentales que poseen los extranjeros en España se encuentra en dicho artículo y es por ello que su adecuada interpretación es muy importante para delimitar sus alcances, aunque el

²⁶⁵ORTEGA CARBALLO, C., *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Lex Nova, Madrid, 2010, pág. 26.

²⁶⁶VIDAL FUEYO, M. “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros.....”, cit., pág. 357.

mencionado artículo 13.1 CE, deja algunas dudas con respecto a si comprende todos los derechos recogidos en el Título I de la Constitución, o solo a alguno de ellos.

Es importante señalar que no existe hasta el momento, una relación detallada de derechos vinculados a la dignidad humana que a su vez no acepten *per se* el condicionamiento de regularidad para su goce por parte de los extranjeros, pues la Constitución no los precisa y asimismo en su Jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha pretendido dilucidar dicho problema aplicando el criterio de su mayor o menor grado de conexión con la “Dignidad Humana”. Aun así, dada la complejidad y subjetividad al momento de determinar dicho grado de conexión, la labor no ha resultado nada fácil y trae como consecuencia que aún no se haya dilucidado del todo el problema. En este sentido, VIDAL²⁶⁷ afirma que plantear una clasificación en base a la mayor o menor vinculación de los derechos con la dignidad humana, le resulta muy arriesgada dado que la dignidad humana, si bien es cierto es un concepto respetable éticamente hablando, a su vez es un concepto frágil y poco objetivo desde una perspectiva jurídica.

b) El segundo grupo de derechos: aquellos a los que la Constitución Española reserva en forma exclusiva y excluyente a los que ostentan la nacionalidad española (los reconocidos en el artículo 23 CE, o "derechos vinculados a la nacionalidad"), como son el derecho al sufragio activo y pasivo y el acceso a cargos públicos; los cuales por su naturaleza no analizaremos.

c) Tercer grupo de derechos: aquellos sujetos al cumplimiento de alguna condición, en los que se tolera un tratamiento desigual entre nacionales y extranjeros, en función de lo que dispongan los Tratados Internacionales y las leyes. Entre ellos están los derechos contemplados en el artículo 19 CE, de entrada, circulación y residencia en España. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido que es un derecho de regulación legal, es decir, que permite la presencia de condicionantes a su ejercicio por parte de los extranjeros, siempre y cuando no se vulneren los principios constitucionales. Como vemos, el máximo intérprete de la Constitución señala que es posible limitar el derecho de circulación de los extranjeros en función a su nacionalidad y a su estatus jurídico. Como podemos apreciar ciertos derechos y libertades se

²⁶⁷VIDAL FUEYO, M., “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros.....”, cit., pág. 359.

encuentran supeditados a la condición de residencia legal que ostente el extranjero, tal es el caso del derecho al trabajo, el derecho a la asistencia social en materia de vivienda, el derecho a la reagrupación familiar, al de libre circulación, etc. Dicho condicionamiento estaría dado por la regulación contenida en la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y sus posteriores modificatorias.

Aún existen dudas respecto de la naturaleza de algunos derechos de los cuales podrían ser titulares los extranjeros más allá de su situación legal en España, en todo caso, con respecto a los derechos civiles y sociales básicos, no parecería que se podría justificar la negación de su titularidad a los extranjeros. En ese sentido FERRAJOLI sostiene que la coherencia con la vocación de universalidad que caracteriza a la idea de derechos humanos desde sus orígenes, exige “*transformar en derechos de la persona los dos únicos derechos que han quedado hasta hoy reservados a los ciudadanos: el derecho de residencia y el derecho de circulación en nuestros privilegiados países*”, solo así, sostiene el autor, ante la presión demográfica de los países del Sur, Occidente afrontará seriamente los problemas del subdesarrollo, añadiendo que no existe a largo plazo, más alternativa a las guerras y al terrorismo que esta universalización efectiva de los derechos²⁶⁸.

En esta línea, excluyendo a los derechos inherentes a la condición de persona humana, de los cuales no existe duda alguna acerca de su titularidad por parte de los extranjeros, hemos pretendido hacer una enumeración sucinta de los derechos fundamentales, vale decir aquellos derechos de los que son titulares todos los extranjeros sin importar su situación administrativa, así como de los derechos de los extranjeros residentes en España.

3.2 Principales derechos fundamentales de los extranjeros en España

a) Derecho a la no discriminación

²⁶⁸FERRAJOLI, J. L., *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2001(2º), págs. 116-119.

El derecho a la no discriminación es un derecho fundamental reconocido por la mayoría de instrumentos normativos nacionales y orientado en un primer momento a la protección jurídica de sus ciudadanos. Sin embargo, los Tratados Internacionales y una parte de la Jurisprudencia nacional e internacional, han ampliado el campo de acción de este derecho también a los extranjeros, tal es el caso del artículo 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 14 de noviembre de 1950 (ratificado por España el 4 de octubre de 1979), que contempla dicho principio incidiendo en que se prohíbe la discriminación entre otras razones por motivos de origen nacional²⁶⁹, aunque de igual forma la jurisprudencia sigue admitiendo diferencias de trato entre nacionales y extranjeros²⁷⁰.

El derecho a la no discriminación de los extranjeros se encuentra recogido en el artículo 23.1 de la Ley de Extranjería, considerando discriminación a los actos directos o indirectos que traigan como consecuencia una distinción, restricción, exclusión o preferencia contra un extranjero, basada en su raza u origen étnico, religión y otros factores inherentes a su condición, que tengan por finalidad limitar el goce y ejercicio de los derechos humanos y libertades públicas en todos los campos. Asimismo, en el artículo 23.2 de la LO 4/2000, se especifican de forma detallada todas las conductas que pueden ser configuradas como actos de discriminación en contra de los extranjeros. Por su parte el Artículo 24 de la LO 4/2000, abre la posibilidad de la tutela judicial a través del procedimiento contemplado en el artículo 53.2 CE (Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional).

Debemos señalar que la no discriminación proviene del principio de igualdad ante la ley, el que constituye uno de los pilares básicos del constitucionalismo²⁷¹. A ese respecto, la Constitución Española hace hincapié en que dicho principio es aplicable a

²⁶⁹Artículo 14.- *El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación.*

²⁷⁰SANTAMARÍA, R., “Prohibición de discriminación”, en LASAGABASTER HERRARTE, I., (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Civitas, 3ª. Edición, Pamplona, 2015, pág. 713.

²⁷¹SANTAMARÍA, R., “Prohibición de discriminación”, cit., pág. 706.

los españoles²⁷², esta igualdad implica, por una parte, el establecimiento de un criterio de equiparación, y por otra, la abstracción de las diferencias que sean irrelevantes para la equiparación normativa que se pretende. La calificación del acto discriminatorio depende de la finalidad o las consecuencias que ese acto va a producir, en este caso, para los extranjeros; en la propia Ley de Extranjería, se recoge una diferenciación doctrinal y jurisprudencial que distingue dos tipos de discriminaciones: la directa y la indirecta²⁷³.

La discriminación directa, es aquella en la que se tiene en cuenta una condición (ser extranjero, mujer, tener un rasgo étnico, etc.) para la realización del trato desfavorable²⁷⁴. Así se produciría una discriminación a un extranjero, si se utilizase uno de los rasgos descritos en el artículo 14 (raza, sexo, religión, etc). Aunque el legislador sí podría establecer casos de diferenciación entre españoles y extranjeros, siempre que no utilizasen estos rasgos discriminatorios, justificando la diferenciación, ya que "ante una falta de motivación suficiente estaríamos en un supuesto de discriminación legal no autorizada"²⁷⁵.

Debemos señalar que en el ámbito penal existe una prohibición amplia de la discriminación racial, étnica o por pertenencia a una nación en varios apartados, y se encuentra plasmado como una circunstancia agravante. Al respecto, podemos citar el delito de discriminación laboral, el delito de provocación a la discriminación y al odio el supuesto de injurias agravadas por su naturaleza discriminatoria, la discriminación en la prestación de un servicio público por parte de un funcionario a una persona o asociación o la discriminación en una actividad privada²⁷⁶.

Sin embargo, a pesar de las garantías normativas y de estar doctrinalmente claro el criterio, no lo es tanto en su aplicación, sobre todo en casos enjuiciados por los tribunales en los que la posible interpretación de la discriminación roza conductas

²⁷²Artículo 14. -*Los españoles son iguales ante la Ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.*

²⁷³RUBIO, A., "Las medidas antidiscriminatorias: entre la igualdad y el control", en MOYA, M. (coord.), *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería*, Comares, Granada, 2001.

²⁷⁴En la discriminación de género, por ejemplo, un caso típico de discriminación directa es el despido por estar embarazada (STC de 26-9-1988, núm. 166/1988) o la limitación en el acceso a puestos de trabajo militares -"Caso de las mujeres aviadoras", STC 14-11-1991, núm. 216/1991.

²⁷⁵MASSÓ GARROTE, M. F., *El nuevo régimen de extranjería*, La Ley, Madrid, 2001, pág. 82.

²⁷⁶Arts. 22.4, 314, 510.1, 511 y 512 del Código Penal.

racistas. Por ejemplo, un asunto que conecta con problemas suscitados en otras ocasiones, es el de la identificación de sospechosos en función de sus rasgos, como una prueba indiciaria; desde la perspectiva jurídica se encuentra la consideración de esta conducta, por parte de la policía, como un supuesto de comportamiento discriminatorio por la condición racial. Entendemos que nos encontramos, más bien, ante lo que podrían considerarse como indicios de una conducta racista y la sospecha de la raza diferente como indicador de criminalidad²⁷⁷.

Por su parte el TC en diversas sentencias, ha condenado la discriminación en todas sus manifestaciones, entre ellas podemos destacar la STC 214/1991, de 11 de noviembre, F.J. 7, que establece: *“La dignidad como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor (art. 18.1 CE), no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo, opiniones o creencias. El odio y el desprecio a todo un pueblo o a una etnia (a cualquier pueblo o a cualquier etnia) son incompatibles con el respeto a la dignidad humana, que sólo se cumple si se atribuye por igual a todo hombre, a toda etnia, a todos los pueblos”*. También podemos mencionar la STC 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 4, en la cual se señala: *“El mensaje racista está en contradicción abierta con los principios de un sistema democrático de convivencia pacífica”*.

Al respecto el Tribunal Constitucional en una controvertida sentencia, ha declarado la constitucionalidad de la detención para efectos de identificación, las cuales se hayan basado en las diferencias fenotípicas de los extranjeros. Tal es el caso de la STC 13/2001, de 29 de enero, dictada en recurso de amparo presentado por una ciudadana española de raza negra (señora Williams) contra la actuación de la Brigada Móvil de Valladolid en un control de identificación. En esta sentencia, entiende el Tribunal, que la solicitud de documentación identificativa por parte de los agentes de los Cuerpos de Seguridad del Estado no supone una discriminación racial, cuando la única causa identificativa de ser extranjero es ser persona de color; añade el TC que a la ciudadana se le dio un trato adecuado y que el hecho de haber sido detenida por sus rasgos físicos no constituye discriminación.

²⁷⁷ DE LUCAS, J., “Un test para la solidaridad y la tolerancia: el reto del racismo”, *Sistema*, núm. 106, 1992, pág. 17.

En vista del fallo del Tribunal Constitucional español, la señora Williams, apoyada por las ONGs internacionales Women's Link, Open Society Justice Initiative y SOS Racismo Madrid, presentó ante el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas una demanda contra el Estado Español, siendo así el primer caso ante un tribunal internacional que desafía el control policial, con base en las características físicas o étnicas de una persona. Dicha sentencia ha sido materia de un Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 17 de agosto de 2009 (Comunicación núm. 1493/2006), que declara que la actuación policial denunciada y por la cual se reclamó el amparo constitucional, supone una violación del art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que prohíbe el trato discriminatorio, siendo condenado el Estado español al pago de una indemnización a favor de la señora Williams.

Los hechos son los siguientes: El 6 de diciembre de 1992, cuando Rosalind Williams, junto con su marido y su hijo, descendió de un tren en la estación ferroviaria de Valladolid, un funcionario de policía requirió sólo a la Sra. Williams, única persona de color en aquel lugar, que se identificase. Ante la negativa de ésta y las protestas de su marido por la discriminación racial que suponía el requerimiento, fueron conducidos a las dependencias policiales existentes en la misma estación. Allí, tras comprobar que la Sra. Williams tenía nacionalidad española, la policía les pidió disculpas y les dejó marchar. La afectada, su marido e hijo presentaron una denuncia, que concluyó con el sobreseimiento definitivo de las diligencias previas por entender el órgano judicial que en la actuación policial no concurría delito alguno.

Posteriormente, presentaron un escrito ante el Ministerio del Interior en el que incluían una doble solicitud: se recurría en alzada la orden del Ministerio del Interior de proceder a pedir la documentación a personas de color y, por otro lado, se formuló una solicitud de responsabilidad patrimonial de la Administración General del Estado. La primera pretensión fue desestimada con el argumento de que no existía orden, circular o acto administrativo de ninguna clase que obligara a los funcionarios de los Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado a identificar a las personas en atención a su raza. La segunda solicitud fue tramitada conforme al procedimiento previsto para las reclamaciones de responsabilidad civil de la Administración Pública, interponiéndose

recurso contencioso-administrativo ante su desestimación. Este recurso fue igualmente desestimado por Sentencia de la Audiencia Nacional.

Agotada la jurisdicción ordinaria, fue interpuesto recurso de amparo por entender, básicamente, que la actuación policial supuso una discriminación por razón de la raza y, por lo tanto, una vulneración del art. 14 CE, siendo también declarado infundado el recurso por parte del Tribunal Constitucional. En ese sentido pasamos a reproducir parte de los argumentos del TC para denegar el recurso:

“... La actuación policial usó el criterio racial como meramente indicativo de una mayor probabilidad de que la interesada no fuera española. Ninguna de las circunstancias acaecidas en dicha intervención indica que el comportamiento del funcionario de la Policía Nacional actuante fuese guiado por un prejuicio racista o por una especial prevención contra los integrantes de un determinado grupo étnico, como se alega en la demanda. Así, la actuación policial se produjo en un lugar de tránsito de viajeros, una estación de ferrocarril, en el que, de una parte, no es ilógico pensar que exista mayor probabilidad que en otros lugares de que las personas a las que selectivamente se solicita la identificación puedan ser extranjeras, y, de otro, las incomodidades que todo requerimiento de identificación genera son menores, así como razonablemente asumibles como cargas inherentes a la vida social. De hecho los requerimientos de identificación en función de las apariencias que permitían razonablemente presumir la condición de extranjeros de determinadas personas hicieron posible que la actividad de la Brigada Móvil de Valladolid diera lugar a la localización de 126 extranjeros en situación ilegal durante 1992 [...] Lo discriminatorio hubiera sido la utilización de un criterio (en este caso el racial) que careciese de toda relevancia en orden a la individualización de las personas para las que el Ordenamiento jurídico ha previsto la medida de intervención administrativa, en el caso de los ciudadanos extranjeros” (FJ 9), concluyendo dicha resolución la constitucionalidad de la actuación policial por ajustarse a criterios de razonabilidad y proporcionalidad (FJ 10)...”.

En nuestra investigación no analizaremos detalladamente los argumentos de la Sentencia del TC, pero debemos hacer hincapié en que resulta cuanto menos preocupante que España haya sido condenada por la ONU, por aparentemente haber

vulnerado los derechos fundamentales de la reclamante y haberla sometido a un trato discriminatorio. Lamentablemente no es raro verificar que los operativos policiales de identificación de personas se basan en los rasgos físicos de las personas²⁷⁸ y al parecer la STC 13/2001 ampararía dichas prácticas policiales, siendo evidentes las negativas consecuencias que dicha resolución tiene en los derechos, no sólo de los ciudadanos extranjeros con o sin permiso de residencia, sino en general para todas aquellas personas que pertenezcan a grupos étnicos minoritarios, normalmente de origen extranjero²⁷⁹.

Debemos señalar que si bien es cierto el Tribunal no atendió la demanda de la recurrente declarando que no hubo discriminación en dicho caso²⁸⁰, deja claro su rechazo de la discriminación racial, propugnando la igualdad desde la no discriminación por razones de raza, creencias religiosas, manifestaciones culturales diversas, etc., haciendo hincapié en el carácter odioso de la discriminación racial o étnica por ser contraria al derecho al honor de la persona afectada y al valor de la dignidad humana. Asimismo, se pronunció también sobre la discriminación encubierta, que es aquella que entraña un tratamiento formal aparentemente neutro, no discriminatorio del que se deriva un impacto negativo sobre la persona víctima del acto discriminatorio, considerándose discriminatorio en la medida que tal acto nocivo carece de fundamento objetivo para la consecución de un fin legítimo, o en su defecto no es idóneo para el cumplimiento de sus fines. En ese sentido la Ley 4/2015, de 30 de marzo, de Protección de la Seguridad Ciudadana,²⁸¹ establece la prohibición de las detenciones para efectos de identificación que se basen en perfiles étnicos.

²⁷⁸ PUEBLOS UNIDOS, FUNDACIÓN SAN JUAN DEL CASTILLO, *Situación actual de los Centros de Extranjeros en España y su adecuación al marco legal vigente*, Madrid, 2015, pág. 4.

²⁷⁹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.; SÁNCHEZ TOMÁS, J., “En la persecución y castigo del inmigrante “sin papeles”...”, cit., pág. 13.

²⁸⁰ Cabe señalar que el Voto Particular del Magistrado Julio Diego Gonzáles Campos, en su F.J 6º, afirma: “la introducción de un criterio basado en la pertenencia de una persona a un grupo racial determinado resulta a mi entender contrario al art. 14 CE, pues nos encontramos ante una discriminación expresamente prohibida por este precepto, ya sea directa o sólo indirecta.” (...) “el daño al que alude la Sentencia no se produce sólo en supuestos de discriminación directa como los indicados, sino que también puede producirse como efecto normal si se acepta, según el parecer de la mayoría, que sea un criterio apropiado para “la razonable selección” de las personas que pueden ser sometidas a control como extranjeros....”.

²⁸¹ Artículo 16:

1. (...)

En la práctica de la identificación se respetarán estrictamente los principios de proporcionalidad, igualdad de trato y no discriminación por razón de nacimiento, nacionalidad, origen racial o étnico, sexo, religión o creencias, edad, discapacidad, orientación o identidad sexual, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

En el caso de discriminación indirecta, esta es más difícil de detectar, hay un trato desfavorable por una característica que no está vinculada de manera directa a la condición que se quiere discriminar (ser extranjero, mujer o de color, etc.), aunque en la práctica supone situar a esa persona en esa situación de trato discriminatorio; es decir, basta que *“los efectos prácticos de la ley sean desiguales y perjudiciales para el grupo vulnerable, lo cual puede ocurrir aunque el criterio de distinción utilizado por la ley sea aparentemente neutral...”*²⁸². En ese sentido el apartado e) del artículo 23.2, de la LO 4/2000, define así la discriminación indirecta: *“Constituye discriminación indirecta todo tratamiento derivado de la adopción de criterios que perjudiquen a los trabajadores por su condición de extranjeros o por pertenecer a una determinada raza, religión, etnia o nacionalidad”*.

Un caso emblemático a nivel europeo, es el Asunto de las Comunidades Europeas contra Bélgica²⁸³, en el cual se plantea un supuesto en que están prohibidas estas prácticas, no tan solo en relación a los extranjeros comunitarios, sino también a los extracomunitarios con residencia legal. En el asunto, condiciona la concesión de los subsidios de espera pagados a los jóvenes trabajadores en busca de su primer empleo, al requisito de que los interesados hayan terminado sus estudios secundarios en un centro docente subvencionado o reconocido por Bélgica, lo que implicaba que un Estado miembro establece un requisito que puede ser cumplido más fácilmente por los hijos de sus nacionales, que por los de un nacional de otro Estado miembro, evidenciándose una ventaja social a la que difícilmente podían aspirar los miembros de la familia de un trabajador emigrante. Dicho requisito constituye una forma encubierta de discriminación contra los hijos de dicho trabajador, contraria al principio de igualdad de trato que establece el artículo 48 del Tratado de la Unión.

b) Derecho de asociación

²⁸²FERRERES COMELLA, V., *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, págs. 254-255.

²⁸³Asunto C-278/94, Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de Bélgica, resuelto por Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (Sala Quinta) de 12 de septiembre de 1996.

Al igual que el derecho de reunión y manifestación, el derecho de asociación es un derecho esencial de cualquier sociedad democrática, por cuanto fortalece las estructuras democráticas de la sociedad, lo que revierte en el fortalecimiento de todas las instituciones democráticas y contribuyen a la presencia de la diversidad cultural. Esta es la idea que parece recogerse en el art. 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y que ha aceptado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al considerar los derechos de reunión, manifestación y asociación y sindicación a la luz del art. 10 del citado Convenio, que establece la libertad de expresión²⁸⁴, entendiendo que un individuo no gozará de su libertad de asociación, si las posibilidades de elección o de acción que le quedan se perciben como inexistentes o reducidas hasta el punto de no se le dé utilidad ninguna.

Es una de las libertades colectivas contempladas en la Constitución Española, que consiste en la facultad para crear personas jurídicas sin fines de lucro, las mismas que deben ser inscritas en el registro respectivo creado para tal fin. Se encuentra amparado en el artículo 22 CE, en la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, en el Real Decreto 1497/2003, de 28 de noviembre, que aprueba el Reglamento del Registro Nacional de Asociaciones y sus relaciones con los restantes registros de asociaciones y el Real Decreto 1740/2003, de 19 de diciembre, sobre procedimientos relativos a asociaciones de utilidad pública, que regula los procedimientos para alcanzar esta declaración, la rendición de cuentas de las mismas y la posible revocación de esta declaración. En lo referente a los extranjeros su regulación se encuentra contemplada en el artículo 8 de la LO 4/2000.

El artículo 22 CE responde a la necesidad de articularse con instrumentos internacionales que contemplan el derecho a la asociación, tal es el caso del artículo 20 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de 10 de diciembre de 1948, que proclama tanto la vertiente positiva como la negativa del derecho, el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966, o el artículo 11.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de 4 de noviembre de 1950. Debemos señalar que la Constitución española regula por separado diversas

²⁸⁴STEDH, Asunto *Young y otros vs. Reino Unido*, de 13 de agosto de 1972; Asunto *Otto Preimnger Institut vs. Austria*, de 20 de septiembre de 1994, Asunto *Vogt, vs. RFA*, de 26 de septiembre de 1995, Asunto *Partido Comunista Unificado de Turquía y otros vs. Turquía*, de 30 de enero de 1998: "..."; y esta libertad debe de garantizarse a toda persona bajo la jurisdicción del Estado parte por ser titulares las personas" STEDH, de 8 de junio de 1976, (Asunto *Engels y otros vs. Paises Bajos*).

manifestaciones del derecho de asociación, tal es el caso de los partidos políticos (artículo 6 CE) y los sindicatos (artículo 7 CE), así como los colegios profesionales (artículo 36 CE) y las organizaciones profesionales (artículo 52CE).

La Ley de desarrollo del derecho de asociación es la Ley Orgánica 1/2002 Reguladora del Derecho de Asociación, que tiene la función de Ley General de Asociaciones y, como su propia disposición final segunda establece, sus preceptos no orgánicos (los orgánicos son en todo caso de aplicación directa a toda asociación) son supletorios respecto de cualesquiera otras normas reguladoras de tipos específicos de asociaciones (partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, iglesias, confesiones y comunidades religiosas, federaciones deportivas, asociaciones de consumidores y usuarios o cualesquiera otras reguladas por leyes especiales). La Ley Orgánica 1/2002 opera, en definitiva, como régimen común.

Respecto de la titularidad del derecho, la Ley Orgánica 1/2002, lo ha reconocido incluso a las personas jurídicas públicas, en su artículo 3 detalla que pueden asociarse: las personas físicas con capacidad de obrar y no sometidas a ninguna condición legal para la ejercicio del derecho; los menores no emancipados de más de catorce años con el consentimiento documentalmente acreditado de sus padres (en conexión con el artículo 7.2 de la LO 1/1996 de 15 de enero, de protección jurídica del menor); las personas jurídicas por acuerdo expreso de su órgano competente; y también las personas jurídicas públicas entre sí o con particulares como medida de fomento y en igualdad de condiciones con los privados para evitar posición de dominio en el funcionamiento de la asociación²⁸⁵.

Como recordó el Tribunal Constitucional²⁸⁶, el derecho de asociación reconocido en la Constitución no carece de referencia material alguna, pero la doctrina, la propia jurisprudencia y el artículo 1.2 de la Ley Orgánica 1/2002 excluyen del ámbito asociativo la actividad de las sociedades con ánimo de lucro²⁸⁷, a pesar de que las mismas también constituyen actividad humana organizada por la libre voluntad de las personas y con un fin determinado; en este sentido, se extrae a dichas asociaciones del ámbito puramente asociativo y procede a ubicarlas dentro de la esfera de la libertad de

²⁸⁵Artículo 2.6 de la LO 1/2002.

²⁸⁶STC 5/1996, 16 de enero.

²⁸⁷Artículos 1665 del Código Civil y 116 del Código de Comercio.

empresa²⁸⁸. Asimismo, el artículo 1.4 de la Ley Orgánica 1/2002 excluye de su ámbito de aplicación, tanto a las comunidades de propietarios, como a las que se rijan por el contrato de sociedad, como a las mutualidades, así como a las uniones temporales de empresas y a las agrupaciones de interés económico.

Por otro lado, el TC ha venido destacando que el contenido fundamental del derecho de asociación se manifiesta en tres dimensiones complementarias: la libertad de creación de asociaciones y de adscripción a las ya creadas; la libertad de no asociarse y de dejar de pertenecer a las mismas; y, finalmente, la libertad de organización y funcionamiento internos sin injerencias públicas. Junto a este triple contenido, el derecho de asociación posee también una cuarta dimensión, que consiste en garantizar un conjunto de facultades a los asociados considerados de manera individual, para hacerlas valer frente a las asociaciones a las que pertenezcan, o en su caso a los particulares respecto de las asociaciones a las cuales pretendan incorporarse²⁸⁹.

En lo referente a la regulación de este derecho en la normativa de extranjería, debemos señalar que el artículo 8 de la LO 4/2000 reconoce este derecho a todos los extranjeros, sin limitaciones por el hecho de encontrarse en situación irregular. Sin embargo debemos recalcar, que en un principio este derecho se condicionaba a que el extranjero tuviera la condición de “legal”, así se encontraba establecido en la redacción original del artículo 8 de la LO 4/2000²⁹⁰.

Este precepto fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad, el mismo que fue resuelto mediante la citada STC 236/2007, que declaró inconstitucional el artículo 8 de la LO 4/2000, por considerar que es un derecho que deriva de la dignidad humana y por tanto el precepto resultaba contrario a la Constitución, (art. 22.4) y a la Declaración Universal de Derechos Humanos. Asimismo, el Tribunal estableció que el legislador puede fijar condiciones concretas para que los irregulares ejerzan el derecho de asociación, pero respetando el contenido de este derecho que pertenece a la dignidad humana; y como la LO 4/2000 negaba el ejercicio de este derecho a los irregulares,

²⁸⁸Artículo 38 CE.

²⁸⁹STC 104/1999, de 14 de junio.

²⁹⁰ Artículo 8. Libertad de asociación.

Todos los extranjeros que se encuentren en España podrán ejercer el derecho de asociación conforme a las leyes que lo regulen para los españoles. Sólo podrán ser promotores los residentes.

ello es contrario a la Constitución. Tal es así que en cumplimiento de dicha sentencia, se emitió la LO 2/2009, mediante la cual se eliminó dicha restricción, siendo actualmente aplicable este derecho a todos los extranjeros, sin importar si se encuentran en situación regular o irregular en territorio español, en las mismas condiciones que los españoles.

Como es de verse para el TC, en su jurisprudencia²⁹¹, el derecho de asociación se encuentra vinculado a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad, por cuanto protege el valor de la sociabilidad como dimensión esencial de la persona y en cuanto elemento necesario para la comunicación pública en una sociedad democrática. Dado que se trata de un derecho cuyo contenido está unido a esa dimensión esencial, la Constitución y los tratados internacionales los contemplan a nivel supranacional, y de ahí que no sea constitucionalmente admisible la negación de su ejercicio a los extranjeros que carezcan de la correspondiente autorización de estancia o residencia en España. Esto no significa, que se trate de un derecho absoluto, y por ello el legislador puede establecer límites a su ejercicio por parte de cualquier persona, siempre que respete su contenido constitucionalmente declarado.

Por otro lado, debemos acotar que la primera sentencia en la que el TC se pronuncia sobre el derecho de asociación de los extranjeros es la STC 115/1987, en la cual, como consecuencia de un Recurso de Inconstitucionalidad planteado por el Defensor de Pueblo, se declaró la inconstitucionalidad del artículo respectivo de la LO 7/1985 que establecía la posibilidad de que el Consejo de Ministros suspendiera o disolviera asociaciones de extranjeros. El TC argumentó que dicha norma no respetaba el contenido esencial del derecho de asociación (22. 4 CE) que incluye la reserva al juez de esas facultades de suspensión y disolución, estableciendo que *“El artículo 13. 1 de la Constitución reconoce al legislador la posibilidad de establecer condicionamientos adicionales al ejercicio de derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero para ello ha de respetar, en todo caso, las prescripciones constitucionales, pues no se puede estimar aquel precepto permitiendo que el legislador configure libremente el contenido mismo del derecho, cuando éste ya haya venido reconocido por la Constitución directamente a los extranjeros, a los que es de aplicación también el mandato contenido en el artículo 22. 4 CE. Una cosa es, en efecto, autorizar*

²⁹¹SSTC 115/1987, y 236/2007

diferencias de tratamiento entre españoles y extranjeros, y otra cosa es entender esa autorización como una posibilidad de legislar al respecto sin tener en cuenta los mandatos constitucionales". Dicha sentencia, desde nuestro punto de vista, constituyó la piedra angular que derivó posteriormente en la emisión de la STC 236/2007, mediante la cual se reconoce a todos los extranjeros el derecho de asociación.

c) Derecho de reunión y manifestación

Este derecho fundamental tiene su piedra angular en instrumentos internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y los arts. 9, 11 y 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (CEDH). El derecho de reunión forma parte también de las denominadas libertades colectivas reconocidas a todos los españoles, según la Constitución Española que lo contempla en su artículo 21, para el libre ejercicio del derecho de reunión, el mismo debe llevarse a cabo de manera pacífica y sin armas.

El derecho de reunión se encuentra íntimamente ligado al de manifestación, pues es una forma de expresión colectiva en lugares públicos, sin embargo el derecho de manifestación tiene sus límites en dos aspectos fundamentales, el primero de ellos que debe llevarse a cabo previa comunicación a la autoridad, pues se trata de espacios públicos, y el segundo relacionado a la prohibición de que dicha manifestación altere el orden público. De igual forma que el derecho de asociación, el derecho de reunión y manifestación se encontraba condicionado a la obtención de autorización de estancia o residencia por parte del extranjero, pero con la emisión de la LO 2/2009 que modificó la LO 4/2000, se eliminó dicha condición²⁹².

El Tribunal Constitucional, mediante su STC 284/2005, de 7 de noviembre, recogiendo anteriores pronunciamientos²⁹³, ha sintetizado el contenido y significado del derecho fundamental de reunión, determinando que es *“una manifestación colectiva de la libertad de expresión ejercitada a través de una asociación transitoria de personas,*

²⁹² Dicha modificación se produjo como consecuencia de la STC 236/2007, de 7 de noviembre.

²⁹³ Especialmente las SSTC 195/2003, de 27 de octubre; 196/2002, de 28 de octubre; 66/1995, de 8 de mayo y 85/1988, de 28 de abril.

que opera a modo de técnica instrumental puesta al servicio del intercambio o exposición de ideas, la defensa de intereses o la publicidad de problemas y reivindicaciones, y cuyos elementos configuradores son el subjetivo ,agrupación de personas, el temporal, duración transitoria, el finalista, licitud de la finalidad, y el real y objetivo , lugar de celebración”, habiendo destacado en múltiples sentencias el relieve fundamental que este derecho posee, tanto en su dimensión subjetiva como en la objetiva, en un Estado social y democrático de Derecho como el proclamado en la Constitución.

Como es sabido este derecho constituye, en la práctica, uno de los pocos medios de los que disponen los grupos sociales para poder expresar públicamente sus ideas y reivindicaciones²⁹⁴. La vinculación con libertad de expresión y la libertad de reunión ha sido igualmente destacada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en muchas de sus Sentencias, señalando a este respecto que “*la protección de las opiniones y de la libertad de expresarlas constituye uno de los objetivos de la libertad de reunión*”²⁹⁵, y afirmando que “*la libertad de expresión constituye uno de los medios principales que permite asegurar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de reunión y de asociación*”²⁹⁶.

Se trata de derechos que son manifestación del pluralismo político y de la libertad, proclamados como valores superiores, que se convierten en técnicas instrumentales puestas al servicio de un intercambio de ideas, la defensa de unos intereses o la publicidad de problemas o reivindicaciones. Son derechos individuales de libertad, de libertad personal con una clara proyección social y apoyo social para su realización²⁹⁷. Asimismo constituyen, derechos que cumplen una función estructural importante en la realización del Estado social y democrático de Derecho. Estos derechos se constituyen por tanto, en derechos esenciales de cualquier sociedad democrática, por cuanto fortalecen las estructuras democráticas de la sociedad, lo que revierte en el

²⁹⁴STC 163/2006, de 22 de mayo de 2006.

²⁹⁵STEDH Asunto *Stankov*, de 13 de febrero de 2003, § 85.

²⁹⁶ STEDH Asunto *Rekvényi c. Hungría*, de 20 de mayo de 1999, § 58. LASAGABASTER HERRARTE, I., “Libertad de reunión y asociación”, en *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 3ª. Edición, Civitas, Pamplona, 2015, pág. 574.

²⁹⁷SORIANO DÍAZ, R., “El art. 21. Derecho de reunión” en ALZAGA VILLAAMIL, O (Dir) *Comentarios a la Constitución española de 1978*, T. II, Madrid, 1997, pág. 578.

fortalecimiento de todas las instituciones y contribuyen a la presencia de la diversidad cultural.

El propio TC sin vincular estos derechos directamente a la dignidad humana en sus primeros pronunciamientos, ha declarado expresamente que los extranjeros son titulares de los derechos de asociación, reunión y manifestación²⁹⁸, al establecer que el art. 21 afirma genéricamente que se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas: “...sin ninguna referencia a la nacionalidad del que ejerce este derecho, a diferencia de otros artículos contenidos en el Título I, donde se menciona expresamente a los españoles, y a diferencia también de otras Constituciones comparadas donde expresamente este derecho se reserva a los ciudadanos”, y que “debe admitirse que, de acuerdo a sus propios términos, el art. 22 de la Constitución, en contraste con otras Constituciones comparadas, reconoce también directamente a los extranjeros el derecho de asociación...”.

La definición constitucional del derecho de reunión, realizada por nuestra jurisprudencia constitucional, y su vinculación con la dignidad de la persona derivada de los textos internacionales, imponen al legislador el reconocimiento de un contenido mínimo de aquel derecho a la persona en cuanto tal, cualquiera que sea la situación en que se encuentre. El TC ha declarado que “*el ejercicio del derecho de reunión y de manifestación forma parte de aquellos derechos que, según el art. 10 CE, son el fundamento del orden político y de la paz social*”, por lo que el principio de libertad del que es una manifestación, exige que las limitaciones que a él se establezcan respondan a supuestos derivados de la Constitución y que, en cada caso, resulte indubitablemente probado que se ha traspasado efectivamente el ámbito de libertad constitucional fijado²⁹⁹.

Según estas premisas, el legislador puede fijar condiciones específicas para el ejercicio del derecho de reunión por parte de los extranjeros que se encuentran en nuestro país sin la correspondiente autorización de estancia o residencia, siempre y cuando respete un contenido del mismo que la Constitución salvaguarda por pertenecer

²⁹⁸STC 115/1987, de 7 de julio.

²⁹⁹STC 59/1990, de 29 de marzo.

a cualquier persona, independientemente de la situación en que se encuentre. Por ello, luego de arduos debates, la LO 2/2009, que modificó algunos artículos de la LO 4/2000, eliminó las restricciones del derecho de reunión y manifestación que condicionaba este derecho a la posesión de un estatus de extranjero residente en España³⁰⁰. Dicha regulación legal vulneraba el art. 21 CE, en su contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el art. 10.2 CE.

d) Derecho a la tutela judicial efectiva y a la asistencia jurídica gratuita

Este derecho fundamental tiene su sustento normativo internacional en los arts. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el art. 14.1 del Pacto internacional de los derechos civiles y políticos y en los arts. 6.1 y 13.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, que reconocen el derecho a una tutela judicial efectiva, en salvaguarda de los derechos y libertades fundamentales. En el ámbito interno, el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental contemplado en el artículo 24 CE, y regulado a su vez en el artículo 20.1 de la LO 4/2000. Es un derecho complejo que incluye múltiples derechos subjetivos, de los que gozan las personas ante las diversas instancias judiciales. Incluimos también en el presente análisis al derecho a la asistencia jurídica gratuita, dado que es un derecho íntimamente relacionado con el de la tutela judicial efectiva.

Empezaremos abordando la titularidad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del Art. 24.1 de la Constitución, que atribuye el derecho a la tutela judicial efectiva a “*todas las personas*”. Por su parte, el Art. 24.2 de la CE, al enumerar el elenco de garantías y derechos procesales que gozan de la protección expresa de la Constitución, se refiere a “*todos*”³⁰¹. En el plano de la legalidad ordinaria, el Art. 20.1 de la LO 4/2000, reconoce a los extranjeros el derecho a la tutela judicial efectiva. La extensión del derecho a la tutela judicial a todas las personas, independientemente de su nacionalidad o de su ciudadanía, tiene sentido en atención al carácter absoluto que se debe reconocer a la tutela judicial como garantía de la efectividad de otros derechos.

³⁰⁰ Como hemos visto dicha modificación se produjo a raíz de la STC 236/2007 de 7 de noviembre.

³⁰¹ESQUEMBRE VALDÉS, M., “Comentario al Art. 20”, en ASENSI SABATER J. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Edijus, 2001, págs. 185 y 186.

En un estado de derecho, en el que se atribuye a la jurisdicción la exclusividad en la tutela de los derechos y libertades, no parece tener sentido negar la posibilidad de recabar la tutela de los tribunales a aquellos a quienes se les reconoce capacidad jurídica, esto es, capacidad para ser titulares de derechos y obligaciones, o de ser sujetos pasivos de la actividad jurídica del Estado³⁰². Ello supondría una auténtica denegación de justicia, a través de la frustración de las expectativas que los ciudadanos albergan sobre la actuación de la administración de justicia cuando no es posible obtener la restauración de la paz jurídica por sus propios medios. Esta reflexión sustenta la interpretación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos hace del artículo 13.1 CEDH³⁰³.

Revisando las principales sentencias del Tribunal de Estrasburgo sobre este tema, tenemos una serie de casos cuyo problema principal es la imposibilidad del reclamante de encontrar una autoridad ante la cual recabar la tutela de su derecho; al final, la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo reconoce que es precisamente la posibilidad de actuar los derechos ante los Tribunales de Justicia la acreditación de la existencia del derecho mismo, como entidad real y no como institución virtual o platónica³⁰⁴.

Según GONZÁLES³⁰⁵ *“se atribuye a la Administración de Justicia la condición de clave de bóveda del estado de derecho: por una parte, porque a la Jurisdicción le corresponde, a través de la resolución de controversias y desde la actuación de órganos públicos, la definición del derecho, desde la restauración de la paz jurídica, y su efectividad, si es preciso por vía coactiva; por otra, porque a la Jurisdicción se le encomienda igualmente el control en la actuación de los poderes públicos”*. En este sentido, la Jurisdicción es una garantía de legalidad frente a la

³⁰²DE LA OLIVA SANTOS, A.; DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, I., y VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración* (I), Editorial Universitaria Ramón Areses, 3a ed., 2004, Madrid, págs. 135 y ss.

³⁰³ *Artículo 13 Derecho a un recurso efectivo*

Toda persona cuyos derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio hayan sido violados tiene derecho a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional, incluso cuando la violación haya sido cometida por personas que actúen en el ejercicio de sus funciones oficiales.

³⁰⁴DE LA OLIVA SANTOS, A., “La protección de los derechos fundamentales en la Constitución Europea: a propósito del derecho a un recurso efectivo, del artículo 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas”, en *Garantías fundamentales del Proceso Penal en el Espacio Judicial Europeo*”, Colex, Madrid, 2007, págs. 255-272.

³⁰⁵GONZALES, G., J. *Algunas cuestiones sobre el derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros a la luz de la jurisprudencia constitucional y de la Ley Orgánica 2/2009*, UNED, Madrid, 2010, pag. 520.

actuación de la Administración pública³⁰⁶. La Administración de Justicia interviene posteriormente y somete a control la potestad reglamentaria y la actuación administrativa, constituyendo la garantía última de la efectividad del derecho. En virtud de lo expuesto, se justifica la extensión del derecho a la tutela efectiva del Art. 24.1 de la CE a los extranjeros, puesto que como es de verse, carecería de sentido, en un estado de derecho, reconocer a los extranjeros capacidad para ser titulares de derechos y obligaciones sin otorgarles, a la par, la aptitud para poder hacer valer esos derechos válidamente ante los tribunales de justicia en España³⁰⁷.

El derecho a la tutela judicial efectiva ha sido materia de abundante jurisprudencia del máximo intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional en la Sentencia 99/1985, del 30 de septiembre incluyó el derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros. En este caso la parte recurrida opuso un rechazo frontal al amparo constitucional de cualquier extranjero, dando por supuesto que la Constitución sólo reconoce derechos fundamentales a los españoles, el Tribunal contestó que la Constitución no es sólo aplicable para los españoles, procediendo a otorgar el amparo. Con ocasión de esta sentencia, el TC determinó que *"el hecho de ser extranjero es irrelevante en relación con el derecho constitucional [...] de tutela judicial efectiva"*,³⁰⁸ pues como se dijo, del reconocimiento de este derecho depende la defensa y garantía de los demás derechos; de manera que, el origen de la persona es una cuestión irrelevante para el ejercicio de este derecho. *"La constitución es obra de españoles pero ya no lo es afirmar que es sólo para españoles"*³⁰⁹.

Esta doctrina concreta, en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, enlaza con la emanada de la STC 107/1984, que es una de las primeras de las sentencias dictadas por el Alto Tribunal en relación con la titularidad de los derechos fundamentales de los extranjeros. A partir de esta sentencia, el Tribunal Constitucional ha elaborado una doctrina sobre los derechos de los extranjeros, cuyos elementos

³⁰⁶Art. 106 de la CE.

³⁰⁷GONZALES, G., J., *Algunas cuestiones sobre el derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros...*, cit., pág. 521.

³⁰⁸STC 99/1985, de 30 de septiembre, F. J. 2º.

³⁰⁹STC 99/1985, de 30 de septiembre, F. J. 1º.

básicos se han mantenido vigentes hasta hoy, y en la que se distinguen varios tipos de derechos en relación a su aplicación a los extranjeros³¹⁰.

Este criterio del Tribunal Constitucional se ha confirmado en posteriores Sentencias³¹¹, donde ha precisado este concepto y ha derivado de dicho precepto constitucional, entre otros, los siguientes derechos: el derecho de acceso a la justicia, el derecho a la doble instancia en materia penal, la existencia de motivación de las sentencias, el derecho a su ejecución, el principio "pro actione" o de interpretación más favorable para la efectividad del derecho constitucional del actor, la necesidad de que el Juez examine de oficio los requisitos procesales de orden público, la interpretación de la legitimación para recurrir en vía contenciosa exigiendo sólo un interés legítimo, etc. Asimismo, ha de comprenderse dentro de este derecho, el de asistencia jurídica gratuita en todo tipo de procesos (no sólo los relacionados a los que tengan por objeto determinar su situación administrativa dentro de España), regulado en el artículo 22 de la LO 4/2000, siempre y cuando no se cuente con medios económicos suficientes para sufragar dichos gastos.

El TC afirma que el derecho a la asistencia jurídica gratuita garantizado por el art. 119 CE³¹², a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar, a pesar de su naturaleza prestacional y de que, como derecho de configuración legal corresponde al legislador determinar su contenido y condiciones de ejercicio³¹³ *“no puede ser denegado sin vulnerar al mismo tiempo su derecho de acceso a la jurisdicción³¹⁴ a quienes, cumpliendo los requisitos legalmente establecidos lo soliciten”*³¹⁵, puesto que el art. 119 CE consagra un derecho de acceso a la jurisdicción reconocido en el art. 24.1 CE, cuya finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia para interponer pretensiones u oponerse a ellas a quienes no tienen medios económicos suficientes para

³¹⁰GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., “Los derechos fundamentales de los extranjeros en la Constitución y en las Leyes españolas”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, núm. 22, 2003, págs. 13-26.

³¹¹SSTC 115/1987, de 7 de julio, y la 95/2003, de 22 de mayo.

³¹²Artículo 119

La justicia será gratuita cuando así lo disponga la ley y, en todo caso, respecto de quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar.

³¹³STC 16/1994, de 20 de enero de 1994.

³¹⁴STC 117/1998, de 2 de junio de 1998.

³¹⁵STC 144/2001, de 18 de junio de 2001.

ello, y, más ampliamente, trata de asegurar que ninguna persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar³¹⁶.

Asimismo, el máximo intérprete de la Constitución afirma en su STC 16/1994 que aunque del propio texto del inciso primero del art. 119 se desprende que no nos hallamos ante un derecho absoluto e ilimitado, y en consecuencia el legislador podrá atribuir el beneficio de justicia a quienes reúnan las características y requisitos que considere relevantes, podrá modular la gratuidad en función del orden jurisdiccional afectado o incluso del tipo concreto de proceso y, por supuesto, en función de los recursos económicos de los que pueda disponer en cada momento; explica al respecto que *“la amplia libertad de configuración legal que resulta del art. 119 no es, sin embargo absoluta, pues el inciso segundo de dicho precepto explícitamente declara que la gratuidad de la justicia se reconocerá en todo caso respecto de quienes acrediten insuficiencia de medios para litigar, existiendo, por consiguiente, un contenido constitucional indisponible para el legislador que obliga a reconocer el derecho a la justicia gratuita a quienes acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar”*.

Por su parte en la STC 117/1998³¹⁷, el TC afirma que *“El art. 119 tiene como contenido esencial indisponible, que la justicia gratuita debe reconocerse a quienes no puedan hacer frente a los gastos originados por el proceso sin dejar de atender a sus necesidades vitales y a las de su familia, al objeto de que nadie quede privado del acceso a la justicia. Dicho en otras palabras, a quienes de exigirse el pago de los gastos procesales, se verían en la alternativa de dejar de litigar o poner en peligro el nivel mínimo de subsistencia personal o familiar”*.

Este criterio es el adoptado por el TC en STC 95/2003³¹⁸, en el que se resuelve el recurso de inconstitucionalidad presentado por el Defensor del Pueblo contra el art. 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita (LAJG) cuando reconoce el derecho en cuestión *“a los extranjeros que residan legalmente en España”*. Si el derecho a la asistencia gratuita sólo se reconoce con plenitud a los extranjeros legalmente residentes, los que se encuentran ilegalmente sólo gozan de asistencia

³¹⁶STC 138/1988, de 8 de julio de 1988.

³¹⁷STC 117/1998, de 2 de junio, F. J. 3.

³¹⁸STC 95/2003, de 22 de mayo, F. J. 4.

letrada y asistencia y representación gratuitas en determinados procesos, de manera que quedan fuera de la cobertura del derecho de asistencia jurídica gratuita, todas aquellas cuestiones que afectan al estatus personal de los extranjeros, que no residan legalmente y que no guarden relación con los supuestos contemplados legalmente.

En dicha sentencia, el TC manifestó que la expresión “*que residan*” (en España) habrá de entenderse referida a la situación puramente fáctica de los que se hallan en territorio español, sin que quepa atribuir a la referida expresión un significado de residencia autorizada administrativamente, para afirmar, a continuación, y respecto a la extensión de los procesos en que resulta reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita que : “*al apreciarse inconstitucionalidad en la exigencia del requisito de la legalidad de residencia, los extranjeros que se encuentren en España y reúnan las condiciones requeridas legalmente para ello, podrán acceder a la asistencia jurídica gratuita en relación con cualquier tipo de procesos a efectos del cual gocen de la precisa legitimación*”³¹⁹. La aplicación de esta jurisprudencia al enjuiciamiento del art. 22.2 de la Ley Orgánica 4/2000, modificado por la LO 8/2000, que como dijimos fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad, condujo al TC a apreciar su inconstitucionalidad mediante la emisión de la STC 236/2007, de 7 de noviembre.

Cabe aclarar que el alcance del derecho a los extranjeros en este extremo, se logró gracias a la interpretación que del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos hiciera el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien entiende que dentro del deber positivo del Estado de garantizar el acceso a los Tribunales, se encuentra su obligación de proveer de asistencia jurídica gratuita cuando exista una insuficiencia de medios económicos³²⁰. El máximo intérprete de la Constitución Española ha reconocido que el derecho a la tutela judicial efectiva, es un derecho inherente a la condición humana, por lo tanto “*debe abarcar a todas las personas sin distinción de su nacionalidad o condición administrativa*”³²¹.

³¹⁹STC 95/2003, de 22 de mayo, cit. F. J. 8.

³²⁰STEDH, de 25 de abril de 1983, *Asunto Pakeli v. Alemania*, párrafo 31. En ESPARZA, I. y ETXEBARRÍA, G., “Derecho a un proceso equitativo”, en LASAGABASTER HERRARTE, I., (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 3ª. Edición, Civitas, Pamplona, 2015, pág. 306.

³²¹STC 236/2007, de 7 de noviembre, F. J. 7.

El derecho a la asistencia jurídica gratuita en España se encuentra regulado por la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita y en su artículo primero se incluye como beneficiarios de este derecho a los españoles y a los extranjeros, sin hacer mención alguna de que deban tener la condición de residentes para disfrutar de dicho derecho, precisándose como condición la falta de recursos económicos. En el mismo sentido la LO 4/2000, modificada por la LO 2/2009, establece en su artículo 22 el derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros, independientemente de su situación administrativa.

Otro aspecto abordado por la doctrina del TC con respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, es la peculiaridad de este derecho entendido conforme con la doctrina constitucional como el derecho fundamental a obtener una resolución judicial fundada en derecho. Esta facultad implica que se garantice incluso cuando sea ejercitado por quien carece de capacidad para ser parte, pues el hecho de dictar una resolución del Tribunal de no admisión de una demanda o escrito por falta de personalidad es, formalmente, una respuesta jurisdiccional al que lo interpone, con el que se ejerce de modo efectivo, el derecho a la tutela judicial dirigida a quien, en primera instancia, no es titular del derecho³²².

Asimismo, en otra sentencia destacable el Tribunal Constitucional se ha pronunciado a favor de la tutela judicial efectiva en un caso de expulsión por comisión de delito, en el cual no se había cumplido con realizarse la audiencia de expulsión que ordena la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En la sentencia STC 242/1994³²³, se pronunció señalando en primer lugar que es preciso recordar que la medida de expulsión es sustitutiva o alternativa a la de cumplimiento de pena, es decir, la expulsión no es la pena como tal, sino una alternativa a su cumplimiento, y, como tal, suspende la ejecución de la pena. De manera que si una persona es condenada y expulsada a raíz de esa condena y, por cualquier motivo, decide reingresar al territorio español, al menos durante el tiempo que fue condenado, debería ser encarcelado nuevamente por el tiempo restante de la condena impuesta. Sin embargo, proscribiremos la no realización de la audiencia de expulsión, señalando que se ha vulnerado el derecho del extranjero a la

³²²Sobre este particular, ver la STC 236/2007, de 7 de noviembre, que fue la primera que reconoce el derecho a la tutela judicial de los extranjeros irregulares en España.

³²³STC 242/1994, de 20 de julio.

tutela judicial efectiva, haciendo hincapié en que la medida de expulsión es una materia especial y delicada, que requiere de un acto independiente para su análisis detallado.

Siguiendo la regulación internacional, vale decir lo establecido en los arts. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el art. 6.1 del Convenio de Roma de 1950, el art. 14.1 del Pacto internacional de los derechos civiles y políticos, el TC establece una conexión entre la tutela judicial efectiva y la dignidad humana, en la medida que su reconocimiento supone el reconocimiento de la defensa de los demás derechos; por lo que concluye que hay derechos que son iguales a españoles y *extranjeros "cuya regulación ha de ser igual para ambos"*, siendo la tutela judicial efectiva la garantía de ellos³²⁴.

e) Derechos de sindicación, de huelga y a las prestaciones de la Seguridad Social derivada de riesgos profesionales

El derecho a la sindicación es un derecho fundamental reconocido en sendos instrumentos internacionales, entre los que cabe mencionar: Los Convenios N° 87³²⁵ y 98³²⁶ de la Organización Internacional del Trabajo- OIT, asimismo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³²⁷. La libertad sindical integra un derecho de organización y actuación colectiva que comienza con decisiones y conductas individuales, es por un lado un derecho individual que sólo podrá ejercerse colectivamente, pero también un derecho colectivo que sólo podrá ser actuado mediante decisiones individuales.

Por su parte, la Constitución Española en su artículo 28.1 reconoce el derecho fundamental a la libertad sindical que comprende el derecho de todas las personas de

³²⁴ STC 242/1994, de 20 de julio.

³²⁵ Convenio Sobre la Libertad Sindical y la Protección del Derecho de Sindicación de 1948 (Convenio N° 87).

³²⁶ Convenio Sobre el Derecho de Sindicación y de Negociación Colectiva de 1949 (Convenio N° 98).

³²⁷ ALONSO OLEA, M., "La libertad de sindicación: manifestaciones, contenido y garantías en la Constitución Española", en *Estudios de Derecho del Trabajo. En memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*. Tecnos, Madrid. 1980, pág. 49.

constituir sindicatos y de afiliarse a los mismos³²⁸, elevando al máximo rango, el de fundamental, al derecho a sindicarse libremente, demostrando su trascendencia como un derecho subjetivo público y ejercitable “*erga omnes*”. La expresión constitucional “todos”, parece que hace referencia específica a las personas físicas, la que se correspondería con la propia sustancia del sindicato como asociación de trabajadores que son siempre personas físicas, pues en opinión de RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER³²⁹, las asociaciones de empresarios se encuadrarían genéricamente dentro del derecho de asociación. Los trabajadores se organizan para “fomentar y defender los intereses de los trabajadores”, ahí estaría el fin que persigue el sujeto sindical, en el que se incluyen dos ideas básicas diferentes pero complementarias, la representación y la autotutela de los intereses³³⁰. Se constituye así a nivel individual “un cuádruple contenido”: la libertad de constitución, de afiliación (positiva o negativa), y de participación³³¹. Como sabemos, la libertad sindical de afiliación comprende dos vertientes: una libertad sindical positiva, que se traduce en la libertad para constituir un sindicato o afiliarse a uno ya constituido, y una libertad sindical negativa para no sindicarse o para abandonar el sindicato al que se encontraba afiliado³³².

La Ley Orgánica de Libertad Sindical- LOLS, establece el derecho de todos los trabajadores a sindicarse libremente³³³, entendiéndose como trabajador a los que se encuentren sujetos a una relación laboral, relación de carácter administrativo o estatutario al servicio de las Administraciones públicas³³⁴. En relación a los trabajadores extranjeros, la actual redacción del artículo 11.1 de la Ley de Extranjería, reconoce el derecho “a sindicarse libremente o a afiliarse a una organización profesional, en las mismas condiciones que los trabajadores españoles.”, con lo cual, no existiría razón

³²⁸Art. 28 CE “1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La Ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.

³²⁹RODRÍGUEZ-PIÑERO, AAVV.; BRAVO-FERRER, M., “La libertad sindical en la Constitución”, en *Los trabajadores y la Constitución*, Madrid, 1980, págs. 101-102.

³³⁰RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., “El sindicato, lo sindical y las nuevas estructuras sindicales”, *Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo*, Ilustre Colegio de Abogados de Murcia. Murcia, 1978, pág. 41.

³³¹OJEDA AVILÉS, A.; *Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 2003, pág. 157.

³³²SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., *Derecho Sindical*, Tiran Lo Blanch. Valencia. 2003, págs. 45 y ss.

³³³ Art. 1.1 LOLS.

³³⁴ Art. 1.2 LOLS.

para negar el citado derecho a los extranjeros en situación irregular. Además de lo anterior, el derecho de sindicación de los extranjeros debe tenerse en cuenta como una necesidad, sobre todo a la hora de la aplicación de condiciones de trabajo inferiores a las legales y posibles situaciones de explotación³³⁵, dado que el extranjero irregular es el que más interés tendrá en ejercer la actividad sindical para mejorar o regularizar su situación y conseguir el objetivo de convertirse en regular. De ahí que se pueda dar el caso de asociaciones de trabajadores formadas por personas en situación irregular pues ese derecho se encuentra recogido expresamente por la Constitución Española³³⁶ y por la Ley de Extranjería³³⁷.

La normativa vigente en materia de extranjería en especial la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece una nueva regulación del derecho de libertad sindical de los extranjeros, contemplando las disposiciones del Tribunal Constitucional emitidas en sus sentencias 236/2007, de 7 de noviembre, y 259/2007 de 19 de diciembre, en las cuales el TC elimina las restricciones que contenía originalmente la LO 4/2000, lo cual constituye un acierto saludable³³⁸.

Originalmente el artículo 11 de la LO 4/2000³³⁹, en lo referente al derecho de sindicación y huelga, se refería a “los trabajadores” término que limitaba el acceso a los extranjeros irregulares al ejercicio de tales derechos por cuanto éstos no disponen de autorización para trabajar legalmente en España. En este sentido cabe mencionar la importante Sentencia STC 236/2007, en la cual el Tribunal Constitucional declara inconstitucional el artículo 11.1 de la LO 4/2000, por considerarse que la restricción del

³³⁵ OJEDA AVILÉS, A.; *Derecho sindical*, cit., pág. 171.

³³⁶Art. 22. CE “1. Se reconoce el derecho de asociación. 2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales. 3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad. 4. Las asociaciones solo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada. 5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.”

³³⁷Art 8.LOEX : “Todos los extranjeros tienen el derecho de asociación en las mismas condiciones que los españoles”.

³³⁸GARCÍA NINET, J. I.; “Libertad sindical y derecho de huelga de los trabajadores extranjeros autorizados así como de los “sin papeles”, *Tribuna Social*, núm. 205/2007, págs. 10-11.

³³⁹ Artículo 11. Libertad de sindicación y de huelga.

1. *Los trabajadores extranjeros que se hallen en España tendrán el derecho a sindicarse libremente, o afiliarse a una organización profesional en las mismas condiciones que los trabajadores españoles, de acuerdo con las leyes que lo regulen.*

2. De igual modo, se reconoce a los trabajadores extranjeros el derecho a la huelga.

derecho a sindicarse libremente para los extranjeros irregulares es contraria a la Constitución. Con respecto a dicho precepto, el TC puntualiza que este derecho corresponde no solo a quienes tengan la condición de trabajadores/as; esta aclaración resultó en su momento importante para rebatir el argumento del Abogado del Estado, que consideró absurdo otorgar el derecho a la sindicación a quien no tiene derecho a trabajar. De ahí la inconstitucionalidad del referido artículo, por excluir a los extranjeros irregulares del ejercicio del derecho a la sindicación, dado que dicha restricción es contraria al art. 28.1 CE³⁴⁰, que establece que “todos tienen derecho a sindicarse libremente”. En dicha sentencia se precisó que la inconstitucionalidad del precepto, venía referida exclusivamente al derecho de sindicarse libremente, pero no al derecho a afiliarse a una organización profesional. Por su parte, en la STC 259/2007 el máximo intérprete de la Constitución, declaró la inconstitucionalidad del artículo 11.2 de la LO 4/2000, en lo referido al derecho de huelga, estableciendo que es un derecho que corresponde por igual a españoles y extranjeros, reproduciendo los argumentos esbozados en la STC 236/2007. Cabe indicar que a partir de esta Sentencia se emitieron otras en el mismo sentido³⁴¹. Sin embargo, la libertad de sindicación de los extranjeros tendría su limitación en cuanto a la posible existencia de sindicatos autónomos, constituidos exclusivamente por determinados colectivos de trabajadores y no vinculados a condiciones personales como la nacionalidad. En este caso lo único que podría negarse es un sindicato creado por extranjeros, la licitud de la posible limitación estatutaria a la afiliación sólo de éstos, es decir, integrados exclusivamente por extranjeros³⁴².

Según la doctrina³⁴³, dentro de la facultad de constituir sindicatos, no sería “factible” la creación de un sindicato que tenga por objeto integrar exclusivamente

³⁴⁰Artículo 28

1. *Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a fundar organizaciones sindicales internacionales o afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.*

SSTC 260/2007; 261/2007; 262/2007; 263/2007; 264/2007 y 265/2007, de 20 de diciembre.

³⁴²MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; *Los derechos de sindicación...*, cit., pág. 229.

³⁴³FERNÁNDEZ COLLADOS, B., *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*, Aranzadi Social, Madrid, 2007., pág. 123; TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., *El estatuto jurídico laboral del trabajador extranjero inmigrante*, Bomarzo, Madrid, 2008, págs. 180-181; VALDUEZA BLANCO, M. D., *El tratamiento jurídico de los extranjeros en España*, Lex nova, Valladolid, 2008, pág. 293;

extranjeros y con intereses propios o de categoría, pues éstos han de defender los intereses de los trabajadores sin ningún tipo de discriminación. Y si se impusiera una cláusula que limitara la afiliación, ya sea sólo a extranjeros o sólo a nacionales, no sería admisible constitucionalmente por atentar contra el principio de igualdad y no discriminación. Una posición contraria promueve OJEDA³⁴⁴, quién sostiene que a diferencia de la LO 7/1985, la LO 4/2000 incluye las dos facultades básicas: crear y afiliarse, “por lo que reconoce la posibilidad de constituir sindicatos por extranjeros”, situación que es objeto de restricción en otros países europeos.

En lo referente al derecho a las prestaciones de la seguridad social por accidentes de trabajo o enfermedad profesional, debemos señalar que aunque no se encuentra regulado expresamente en la normativa de extranjería, tiene su fundamento en la normativa internacional, específicamente en el Convenio 19 de la OIT- Organización Internacional del Trabajo³⁴⁵, que obliga a los Estados firmantes del Convenio, entre los cuales se encuentra España, a no establecer diferencias entre sus nacionales o los extranjeros, tengan éstos permiso de residencia o no; obligándolos además a atender en las consecuencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales y en las prestaciones que por su ocurrencia puedan derivarse. Vale decir, que si bien es cierto la legislación de cada Estado firmante determinará las características de las prestaciones y la tipificación de los accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, dichas normas se aplicarán a todos los trabajadores por igual, sin importar su condición administrativa.

f) Derecho a la educación de los menores de edad

El derecho a la educación es un derecho fundamental de la persona humana reconocido en la normativa internacional, específicamente en el artículo 28 de la Convención sobre los Derechos del Niño³⁴⁶ y el artículo 14 de la Carta de los Derechos

MOYA ESCUDERO, M. y RUEDA VALDIVIA, R., *Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España*, La Ley, Madrid, 2003, págs. 223-224; RAMOS QUINTANA, M., *El trabajo de los extranjeros en España*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 167.

³⁴⁴ OJEDA AVILÉS, A., *Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 2003, págs. 169-170.

³⁴⁵ Convenio relativo a la igualdad de trato entre los trabajadores extranjeros y nacionales en materia de indemnización por accidentes del trabajo (Entrada en vigor: 08 septiembre 1926).

³⁴⁶ Artículo 28

Todo niño tiene derecho a la educación y es obligación del Estado asegurar por lo menos la educación primaria gratuita y obligatoria. La aplicación de la disciplina escolar deberá respetar la dignidad del niño en cuanto persona humana.

Fundamentales de la Unión Europea³⁴⁷. En nuestra legislación el derecho a la educación se encuentra contemplado en el artículo 27.1 CE³⁴⁸, en consonancia normativa con los instrumentos normativos antes citados.

Como es de verse, la enseñanza básica primaria y secundaria que comprende diez años de escolarización entre los 6 y los 16 años es obligatoria y gratuita, en su caso los alumnos tendrán derecho a permanecer en régimen ordinario cursando la enseñanza básica hasta los dieciocho años de edad, en las condiciones establecidas el artículo 4.2 de la L.O. 2/2006, de 3 de mayo, de Educación³⁴⁹. Asimismo, el mismo cuerpo normativo establece la obligación de los poderes públicos de garantizar el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes³⁵⁰.

El marco normativo general de desarrollo de este derecho, se encuentra en el artículo 3 de la L.O. 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, el que contempla que el sistema educativo se organiza en etapas, ciclos, grados, cursos y niveles de enseñanza de forma que asegure la transición entre los mismos y, en su caso, dentro de cada uno de ellos. Las enseñanzas que ofrece el sistema educativo son educación infantil, educación primaria, educación secundaria obligatoria, bachillerato, formación profesional, enseñanzas de idiomas, enseñanzas artísticas, enseñanzas deportivas, educación de personas adultas y enseñanza universitaria.

La educación básica la componen la educación primaria y la educación secundaria obligatoria –ESO-. La educación secundaria se divide en educación secundaria obligatoria y educación secundaria postobligatoria, dentro de la cual se

³⁴⁷Artículo 14 Derecho a la educación

1. Toda persona tiene derecho a la educación y al acceso a la formación profesional y permanente.
2. Este derecho incluye la facultad de recibir gratuitamente la enseñanza obligatoria.

³⁴⁸Artículo 27

1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.

³⁴⁹Artículo 4 La enseñanza básica

1. La enseñanza básica a la que se refiere el artículo 3.3 de esta Ley es obligatoria y gratuita para todas las personas.
2. La enseñanza básica comprende diez años de escolaridad y se desarrolla, de forma regular, entre los seis y los dieciséis años de edad. No obstante, los alumnos tendrán derecho a permanecer en régimen ordinario cursando la enseñanza básica hasta los dieciocho años de edad, cumplidos en el año en que finalice el curso, en las condiciones establecidas en la presente Ley.

³⁵⁰Artículo 27.5 de la Lo 2/2006 de 3 de mayo.

incluyen el bachillerato, la formación profesional de grado medio, las enseñanzas profesionales de artes plásticas y diseño de grado medio y las enseñanzas deportivas de grado medio. La enseñanza universitaria, las enseñanzas artísticas superiores, la formación profesional de grado superior, las enseñanzas profesionales de artes plásticas, el diseño de grado superior y las enseñanzas deportivas de grado superior, constituyen la educación superior.

Adicionalmente el sistema educativo ofrece las enseñanzas de régimen especial, dentro de las cuales están las enseñanzas de idiomas, las enseñanzas artísticas y las deportivas. Los alumnos que han superado satisfactoriamente la ESO y obtienen el correspondiente Título de Graduado en ESO, pueden continuar su formación en Bachillerato, en formación profesional de grado medio, en los ciclos de grado medio de artes plásticas y diseño, y en las enseñanzas deportivas de grado medio y pueden ingresar al mercado laboral. Superados el bachillerato o los ciclos de formación profesional de grado medio, los alumnos podrán cursar diversos ciclos de formación profesional específica de grado superior³⁵¹.

Los alumnos que cursen la educación secundaria obligatoria y no obtengan el mencionado título, recibirán un certificado de escolaridad en el que consten los años cursados³⁵². Las Administraciones educativas deben organizar programas de cualificación profesional inicial, destinados al alumnado mayor de dieciséis años que no hayan obtenido el título de Graduado en educación secundaria obligatoria, con el fin de que dichos alumnos alcancen competencias profesionales propias de una cualificación de nivel uno de la estructura actual del Catálogo Nacional de Cualificaciones Profesionales³⁵³.

Ahora bien, en lo referente a las personas extranjeras, debemos precisar que el artículo 9.1 de la LO 4/2000³⁵⁴ contempla el derecho de los extranjeros al acceso a una

³⁵¹Artículo 41 de la L.O. 2/2006 de 3 de mayo.

³⁵²Artículo 31 de la L.O. 2/2006 de 3 de mayo.

³⁵³Artículo 30 de la L.O. 2/2006 de 3 de mayo.

³⁵⁴Artículo 9 Derecho a la educación

1. Los extranjeros menores de dieciséis años tienen el derecho y el deber a la educación, que incluye el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria. Los extranjeros menores de dieciocho años también tienen derecho a la enseñanza posobligatoria.

Este derecho incluye la obtención de la titulación académica correspondiente y el acceso al sistema público de becas y ayudas en las mismas condiciones que los españoles.

enseñanza básica, gratuita y obligatoria, y a la obtención de la titulación académica correspondiente. Por su parte la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de Educación, señala que todo aquello relacionado con la escolarización, la obtención de títulos y el acceso al sistema general de becas y ayudas al estudio, será aplicable al alumnado extranjero "en los términos establecidos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los Extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre" (Disposición adicional decimo novena); es decir, en los términos del artículo 9 de esta ley que regula el derecho a la educación.

Cabe señalar que el artículo 9 de la LO 4/2000 en la redacción dada por la LO 8/2000, sólo garantizaba la igualdad entre en los menores españoles y los menores extranjeros en relación con el derecho a la educación obligatoria. El artículo 9.1 de la LO 4/2000 señalaba que todos los extranjeros menores de dieciocho años, tienen derecho y deber a la educación en las mismas condiciones que los españoles, limitando este derecho cuando, continúa señalando, que el derecho a la educación así reconocido, comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas. En esta redacción se limitaba el derecho de los extranjeros no residentes a acceder a la educación de naturaleza no obligatoria (tanto preescolar como posterior a la ESO).

Como podemos apreciar, la legislación española distinguía entre el derecho a la educación obligatoria y no obligatoria, incluso para el caso de los menores de edad, en función de la situación administrativa en que se encuentre el menor extranjero. En relación con la educación infantil, que tiene carácter voluntario, por ejemplo, se señalaba que las administraciones públicas debían garantizar la existencia de un número de plazas suficientes para asegurar la escolarización de la población que lo solicite, pero sólo se reconocía como derecho a los extranjeros residentes.

La redacción de este artículo por parte de la LO 8/2000 fue objeto de un recurso de inconstitucionalidad, mediante el cual el máximo intérprete de la

En caso de alcanzar la edad de dieciocho años en el transcurso del curso escolar, conservarán ese derecho hasta su finalización.

Constitución en su Sentencia 236/2007, de 7 de noviembre, declaró inconstitucional el inciso 3 del artículo 9 de la LO 4/2000, que establecía diferencias en el derecho a la educación no obligatoria de extranjeros residentes y no residentes, argumentando literalmente lo siguiente: *“El contenido constitucionalmente declarado por los textos a los que se refiere el at. 10.1 CE del derecho a la educación garantizado en el art. 27.1 CE incluye el acceso no sólo a la enseñanza básica, sino también a la enseñanza no obligatoria, de la que no pueden ser privados los extranjeros que se encuentren en España y no sean titulares de una autorización para residir”*. De esta forma se reconocía también que el derecho a la educación, establecido por el artículo 27.1 CE, incluye el acceso no sólo a la enseñanza básica, sino también a la no obligatoria. El TC afirmó que los extranjeros que se encuentran en España en situación administrativa irregular, no pueden ser excluidos de este derecho por considerarlo fundamental y aplicable a todas las personas sin excepción.

Debemos señalar que la LO 2/2006 de 3 de mayo, señala que todo lo relacionado con la escolarización, obtención de títulos y acceso al sistema general de becas y ayudas al estudio será aplicable al alumnado extranjero “en los términos establecidos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los Extranjeros en España y su integración social”³⁵⁵.

En la actualidad en lo referente a la aplicación de este derecho a los extranjeros, resulta necesario recalcar que los menores de dieciocho años, al margen de la situación legal de su familia, tienen derecho al acceso a la enseñanza básica, gratuita y obligatoria, a la obtención de la titulación académica correspondiente y al acceso al sistema público de becas y ayudas. Asimismo, en lo concerniente a los extranjeros mayores de dieciocho años, la LO 4/2000, modificada por LO 2/2009, la misma que incorporó lo establecido en la STC 236/2007³⁵⁶, establece en su artículo 9.2 que los extranjeros mayores de dieciocho años que se hallen en España, tienen derecho a la educación de acuerdo con lo establecido en la legislación educativa, ampliándose de esa manera la cobertura del derecho a la educación a los extranjeros mayores de edad, independientemente de su situación administrativa, con la salvedad de que el acceso al

³⁵⁵ Disposición Adicional Décimo Novena de la LO 2/2006 de 3 de mayo.

³⁵⁶ STC 236/2007, de 7 de noviembre.

sistema público de becas será reservado a los extranjeros residentes en igualdad de condiciones que los españoles.

El TC en su STC 155/2015, declaró que el artículo 9.2 de la LO 4/2000 es constitucional, por cuanto no niega el derecho a la educación postobligatoria a los extranjeros mayores de edad que se encuentren en situación irregular, debiendo ser la Ley de Educación la que defina las condiciones y requisitos para que dicho colectivo pueda acceder a la educación pública postobligatoria. Se precisa en la sentencia, que la Ley de Educación podrá consignar requisitos diferentes a los extranjeros no residentes, respecto de los españoles o los extranjeros residentes³⁵⁷.

g) Derecho a la asistencia sanitaria urgente, de atención a las embarazadas y de menores de edad

Con respecto a la atención sanitaria de los extranjeros, debemos precisar que la LO 4/2000, delimitaba su ámbito de aplicación, siendo el único requisito para acceder a este derecho que el extranjero se encontrara empadronado en algún Municipio español, no importando para su goce que la persona se encontrara en situación administrativa irregular. En esos términos se prestó la asistencia sanitaria en España hasta setiembre del año 2012, periodo en el cual el Gobierno Central emitió el Real Decreto Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, que restringió la atención sanitaria de las personas extranjeras en situación irregular. A partir de la aprobación de dicha norma, la Ley de Extranjería deja de delimitar los alcances de la asistencia sanitaria a este colectivo, remitiéndose a la legislación sanitaria vigente³⁵⁸. En esa norma, se ha dispuesto que dicho derecho se reducirá a la asistencia sanitaria en urgencias, a la atención de embarazadas y a los menores de edad, reservándose el derecho a las prestaciones integrales de la sanidad pública española a los extranjeros

³⁵⁷ STC 155/2015, de 9 de julio, FJ. 6.

³⁵⁸ ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Competencia de las comunidades autónomas en materia de sanidad y asistencia sanitaria a las personas migrantes en situación irregular”, *Revista Aragonesa de Administración pública*, núm 47-48, Zaragoza, 2016, págs. 210- 243, pág. 3.

residentes³⁵⁹. Asimismo, se contempla la posibilidad de retirar la Tarjeta Sanitaria y, por ende, la condición de asegurado a aquellos extranjeros en situación irregular que vengan gozando de dichas prestaciones.

Debemos precisar que la sanidad pública es una materia de titularidad compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas, en ese ámbito competencial, al Estado le corresponde establecer las condiciones básicas, que han de ser comunes para todas las Comunidades Autónomas, con el objeto de asegurar una uniformidad y homogeneidad en el acceso de los ciudadanos a la sanidad; por su parte a las Comunidades Autónomas les compete el desarrollo y la ejecución de las bases o condiciones básicas fijadas por el Estado. Según la jurisprudencia del TC³⁶⁰, esa necesaria uniformidad mínima que corresponde establecer al Estado, puede mejorarse por las Comunidades Autónomas en virtud de su competencia sustantiva y de su autonomía financiera, siempre que no se vulneren las exigencias impuestas por el principio de solidaridad³⁶¹.

En un primer momento ante dicha medida, las Comunidades Autónomas tuvieron reacciones diversas. Un grupo de ellas siguió prestando atención sanitaria a dicho colectivo, aunque con diferencias en la magnitud de las prestaciones; otras por el contrario, cumplieron estrictamente lo establecido en la norma, excluyendo a las personas extranjeras en situación irregular de la cobertura sanitaria pública³⁶². Asimismo, algunas de ellas han interpuesto recursos de inconstitucionalidad en contra de algunos de los preceptos del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, todos ellos

³⁵⁹ Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, modificada por el Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones:

“...Tres. Se añade un nuevo artículo 3 ter, que tendrá la siguiente redacción:

«Artículo 3 ter Asistencia sanitaria en situaciones especiales

Los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España, recibirán asistencia sanitaria en las siguientes modalidades:

a) De urgencia por enfermedad grave o accidente, cualquiera que sea su causa, hasta la situación de alta médica.

b) De asistencia al embarazo, parto y postparto.

En todo caso, los extranjeros menores de dieciocho años recibirán asistencia sanitaria en las mismas condiciones que los españoles...”

³⁶⁰ STC 98/2004 de 25 de mayo, F. J. 7.

³⁶¹ SSTC 239/2002, de 11 de diciembre; 247/2007, de 12 de diciembre; 237/2012, de 13 de diciembre, etc.

³⁶² ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Competencia de las Comunidades Autónomas en materia de sanidad y asistencia sanitaria...”, cit., pág. 213.

han sido admitidos a trámite y hasta la fecha se encuentran pendientes de sentencia. A continuación pasamos a detallar las providencias respectivas:

1) El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 16 julio de 2012, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 4123-2012, promovido por el Parlamento de Navarra, contra el art. 1. Uno y, por conexión, 1. Dos; 2. Dos, Tres y Cinco; 4. Doce, Trece y Catorce y disposición adicional tercera y transitoria primera del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de Medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

2) El Pleno del Tribunal Constitucional, por Providencia de 13 de septiembre de 2012, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 4530-2012, promovido por el Consejo de Gobierno del Principado de Asturias contra el art. 10.4 del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

3) El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 13 de septiembre de 2012, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 4585-2012, promovido por el Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía, contra los arts. 1. uno y dos; 4. uno y cuatro; y 10. cuatro y cinco del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

4) El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia de 12 de febrero de 2013, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 419-2013, promovido por el Gobierno Vasco, contra los artículos 1.Dos; 2.Tres y Cuatro y 4.Trece del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

5) El Pleno del Tribunal Constitucional, por providencia 12 de febrero de 2013, ha acordado admitir a trámite el recurso de inconstitucionalidad número 433-

2013, promovido por el Gobierno de Canarias, contra los arts. 1; 3; 4.14; 6; 8 apartados 1, 2 y 3; 9; disposición adicional primera y disposición final sexta del Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

Por otro lado, las Comunidades Autónomas en el marco de sus competencias, han adoptado medidas diferentes en relación al Real Decreto Ley 16/2012. Por ejemplo las CCAA de Madrid, Castilla-La Mancha, Cantabria, Islas Baleares, Extremadura, Rioja, Aragón y Murcia, acataron en un inicio el mencionado dispositivo, negando la tarjeta y la asistencia sanitaria a los extranjeros irregulares, igualmente a aquellos que ya contaban con dichas Tarjetas Sanitarias, se ha procedido a retirárselas, revocándoseles el derecho a la asistencia sanitaria³⁶³. Sin embargo, debemos señalar que en la actualidad algunas de estas CCAA han cambiado su política de asistencia sanitaria hacia estos colectivos, tal es el caso de Baleares que desde el mes de julio de 2015 devolvió la asistencia sanitaria a los extranjeros irregulares. De igual forma lo hicieron Madrid, Aragón, Murcia y Extremadura, las cuales desde el mes de setiembre de 2015 han dispuesto la atención sanitaria de este colectivo. Por su parte La Rioja lo hizo en octubre de 2015, disponiendo algo similar para los extranjeros irregulares que lleven empadronados en su Comunidad Autónoma desde hace 3 meses . En el mismo sentido, la Comunidad Autónoma de Castilla La Mancha ha hecho lo propio desde el mes de marzo de 2016, otorgando asistencia sanitaria a todos los extranjeros irregulares mayores de edad que residan en dicha CCAA y carezcan de recursos. Cantabria por su parte continua su política restrictiva en cuanto a la atención de este colectivo.

Por su parte, tenemos un grupo de Comunidades Autónomas, constituido por aquellas Comunidades que anunciaron, desde un primer momento su voluntad de no aplicar el Real Decreto- Ley 16/2012, facilitando la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares. En este grupo se incluirían Andalucía, Asturias, Cataluña y País Vasco; los Gobiernos de algunas de estas regiones han elaborado normas autonómicas en las que se otorga a los inmigrantes irregulares el acceso a las prestaciones sanitarias del servicio de salud, en las mismas condiciones que los ciudadanos de la Comunidad

³⁶³ DELGADO DEL RINCÓN, L., “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: Reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril”, *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, Madrid, 2014, págs. 189-231.

Autónoma, pero sólo en el ámbito de su respectiva Comunidad Autónoma³⁶⁴. Tal es el caso de la Comunidad del País Vasco, en la que el Consejo de Gobierno aprueba el Decreto, 114/2012, de 26 de junio, sobre régimen de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Euskadi, por el que se amplía la cobertura sanitaria a las personas que habían sido excluidas por el Real Decreto- ley 16/2012. En ese sentido, el art. 2.2 establece que, aquellas personas que dispusieran de la Tarjeta Individual Sanitaria emitida en la Comunidad Autónoma de Euskadi con anterioridad a la entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2012, recibirán las mismas prestaciones sanitarias que las que tuvieran la condición de asegurados o beneficiarios del Sistema Nacional de Salud. Para recibir la asistencia sanitaria es preciso que cumplan simultáneamente los siguientes requisitos:

- Empadronamiento por un año en cualquiera de los municipios de Euskadi;
- Carecer de determinados ingresos y;
- No tener acceso a otro sistema de protección sanitaria pública.

Debemos señalar que el Decreto 114/2012, de 26 de junio, fue impugnado por el Gobierno Central, el mismo que presentó ante el Tribunal Constitucional un conflicto positivo de competencias frente al Gobierno Vasco y contra determinados preceptos del Decreto 114/2012, de 26 de junio, sosteniendo que las disposiciones impugnadas afectan a materias de competencia exclusiva del Estado, por contradecir la legislación básica estatal en materia de sanidad interior. De igual forma, solicita la suspensión del Decreto Vasco, la cual es concedida por el TC mediante providencia de 24 de julio de 2012, admitiendo a trámite el conflicto positivo de competencias y acordando la suspensión de la vigencia y aplicación del Decreto del Gobierno Vasco. Como resultado de ello, el Gobierno Vasco presenta alegaciones y solicita el levantamiento anticipado de la suspensión de la vigencia del Decreto. El Tribunal resuelve el incidente de suspensión en el ATC 239/2012, de 12 de diciembre, en el que acuerda levantar la suspensión de algunos de los preceptos del Decreto 114/2012, de 26 de junio, siendo posible gracias a ello que los extranjeros en situación irregular reciban atención sanitaria en Euskadi hasta la actualidad.

³⁶⁴DELGADO DEL RINCÓN, L., “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares...”, cit., pág. 227.

Por otro lado existen otras Comunidades Autónomas como Castilla y León, Valencia, Galicia, Navarra y Canarias, que han adoptado determinadas instrucciones o circulares emitidas por órganos de las Consejerías competentes en materia sanitaria, en las que se reconoce la asistencia sanitaria a los inmigrantes irregulares, aunque con la obligación de facturar los servicios prestados. No obstante, en dichas instrucciones se establece también la posibilidad de que se den situaciones de facturas impagadas, al no poder abonar su importe los inmigrantes irregulares, por carecer de recursos económicos suficientes. Incluso, en algunos casos, se contempla que las facturas puedan satisfacerse con cargo a los servicios sociales de la Comunidad, de los Ayuntamientos o de organizaciones no gubernamentales³⁶⁵.

Como es de verse, la medida adoptada por el Gobierno Central no ha sido bien recibida por la mayoría de Comunidades Autónomas españolas, las cuales han adoptado diferentes maneras de mantener vigentes las prestaciones sanitarias a los extranjeros irregulares. Ante ello, el Gobierno Central en agosto de 2015 ha remitido a las Comunidades Autónomas un proyecto que tiene por finalidad uniformizar en España la prestación sanitaria a los extranjeros en situación irregular, estableciéndose ciertos requisitos para ello. El primero de ellos era que el extranjero se encuentre empadronado por un periodo mínimo de seis meses, sin embargo los datos de quienes accedieran al sistema sanitario se incorporarían a un registro, lo cual ha sido arduamente criticado, dado que constituiría una forma de “monitorear” a dichas personas. Debemos señalar que dicha propuesta no ha sido aceptada en el Consejo Interterritorial de Salud, llevado a cabo en septiembre de 2015, siendo la postura mayoritaria de las Comunidades Autónomas la derogación del Real Decreto-Ley 16/2012³⁶⁶.

h) Derecho a la protección de datos y a la intimidad personal

³⁶⁵DELGADO DEL RINCÓN, L., “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares...”, cit., pág. 228.

³⁶⁶ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Competencia de las Comunidades Autónomas en materia de sanidad y asistencia sanitaria...”, cit., pág. 213.

La Constitución Española en su artículo 10 reconoce el derecho a la dignidad de la persona, por su parte, el artículo 18.1 dispone el derecho al honor, intimidad personal y familiar y a la propia imagen y el artículo 18.4 dispone que la ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos. De dichos preceptos deriva el derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal, que ha sido definido como autónomo e independiente por el Tribunal Constitucional³⁶⁷.

Asimismo, debemos resaltar que se encuentra en vigor la Ley Orgánica 15/1999 de protección de datos de carácter personal- LOPD, que tiene por objeto garantizar y proteger, en lo que concierne al tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor, intimidad y privacidad personal y familiar. Su finalidad principal, es regular el tratamiento de los datos y ficheros de carácter personal, independientemente del soporte en el cual sean tratados, los derechos de los ciudadanos sobre ellos y las obligaciones de aquellos que los crean o tratan. Esta ley afecta a todos los datos que hacen referencia a personas físicas registradas sobre cualquier soporte, informático o no. Quedan excluidos de esta normativa, aquellos datos recogidos para uso doméstico, las materias clasificadas del Estado y aquellos ficheros que recogen datos sobre Terrorismo y otras formas de delincuencia organizada. A partir de esta ley se creó la Agencia Española de Protección de Datos, de ámbito estatal, que vela por el cumplimiento de esta normativa.

Por lo tanto, con motivo de la entrada en vigor de la LOPD surgen una serie de obligaciones para aquellas Entidades Públicas o Privadas que posean ficheros con datos de carácter personal. Asimismo, el Reglamento de desarrollo de la LOPD³⁶⁸ establece la obligación para todas las organizaciones de poner en marcha diversas medidas destinadas a garantizar la protección de dichos datos, afectando a sistemas informáticos, locales, soportes de almacenamiento, personal, procedimientos operativos, etc.

Adicionalmente a esta legislación, existen las Directivas de la Unión Europea, varios Reales Decretos que desarrollan la LOPD, así como diversas instrucciones

³⁶⁷STC 292/2000, de 30 de noviembre.

³⁶⁸R.D. 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999.

publicadas en el BOE por la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), las más importantes son: El R.D. 428/1993: Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos; R.D. 195/2000: Plazos para implantar las medidas de seguridad; Instrucción 1/1995, de 1 de marzo de la AEPD, relativa a prestación de servicios de información sobre solvencia patrimonial y crédito; Instrucción 2/1995, de 4 de mayo, de la AEPD, sobre medidas que garantizan la intimidad de los datos personales recabados como consecuencia de la contratación de un seguro de vida de forma conjunta con la concesión de un préstamo hipotecario o personal; Instrucción 1/1996, de 1 de marzo de la AEPD, sobre ficheros automatizados establecidos con la finalidad de controlar el acceso a los edificios; Instrucción 1/1998, del 19 de enero, de la AEPD relativa al ejercicio de los derechos de acceso, rectificación y cancelación.

En lo referente a la protección de datos de los extranjeros, no existe ninguna norma específica que la regule, sin embargo el Tribunal Constitucional en su sentencia 17/2013 de 31 de enero, aborda el tema conjuntamente con el derecho a la intimidad en los CIE, así como la diferenciación entre el procedimiento de expulsión y devolución. Esta sentencia resuelve un recurso de inconstitucionalidad planteado por el Parlamento Vasco sobre la Ley Orgánica 14/2003 que reformaba la Ley de Extranjería, la de Bases del Régimen Local y otras, limitando los derechos de los extranjeros; según el Parlamento Vasco, en varios puntos la ley podría violar la protección de datos personales que deriva del art. 18.4 CE como derecho fundamental. La Sentencia del TC declara la conformidad de la ley con la Constitución en la mayoría de las normas recurridas, declara la inconstitucionalidad en algún punto, y resuelve los asuntos más controvertidos con “sentencias interpretativas”, basándose en la distinción tripartita de los derechos constitucionales de los extranjeros.

El objeto de la sentencia es muy amplio, pero el elemento central gira en torno a la legitimidad constitucional de la que goza la policía para acceder a los datos del padrón u otros registros administrativos, como fuente de información fiable sobre la situación de irregularidad de un extranjero (en el caso del Padrón municipal, sobre aquellos que se inscriben con su pasaporte en defecto de NIE y sobre el domicilio de los mismos), con la finalidad de facilitar la incoación de expedientes de expulsión. Junto a ello, se impugnan las decisiones administrativas que inadmiten de plano las solicitudes de autorización de residencia (por contar con expedientes de expulsión, por ejemplo) o

la obligación de las empresas transportistas de suministrar los datos de los pasajeros, el régimen de devolución de extranjeros por comportar la prohibición de entrada durante tres años, o la habilitación para que se utilice la fuerza física, en determinados casos, en los centros de internamiento de extranjeros.

Pero como hemos adelantado, en su mayor parte el TC declara que las normas impugnadas son constitucionales, siendo lo más enriquecedor desde el punto de vista jurídico y cuestionador del sistema actual, el voto particular. Dicho voto particular es suscrito por el Magistrado Pérez Tremps y se adhieren los magistrados Fernando Valdés, Adela Asúa y Encarnación Roca; este voto se plantea esencialmente sobre dos normas de la ley, el acceso de la policía al padrón municipal y la aplicación de medidas de seguridad en los centros de internamiento de extranjeros, así como los correspondientes razonamientos de la Sentencia.

En efecto, el acceso de la policía a los datos del padrón municipal, tiene consecuencias importantes porque permite que aquella pueda detectar a los extranjeros que están en situación irregular y expulsarlos. La Sentencia lo acepta como parte de la lucha contra la inmigración irregular, pero el recurrente sostiene que la entrada en esos datos, puede generar discriminación para los inmigrantes en situación irregular, porque la atención sanitaria de los extranjeros en situación irregular y la educación de sus hijos exige el empadronamiento, de forma que el acceso que ahora tendrá la policía al padrón se convierte en una forma indirecta de frenar el logro de estos derechos. La Sentencia acepta que tal limitación se produce, pero considera que responde a la función policial de lucha contra la inmigración irregular.

En cuanto a limitación del derecho a la protección de la intimidad, aplica su jurisprudencia básica en la materia, exigiendo que la cesión de datos figure en una ley³⁶⁹, lo que evidentemente se cumple por la existencia de la norma impugnada. Además la Sentencia añade que la ley debe interpretarse, entendiéndose que prohíbe los accesos masivos, exigiendo genéricamente que haya datos concretos y justificación expresa. Con esta interpretación, la mayoría del TC salva la constitucionalidad de la ley.

³⁶⁹STC 292/2000, de 30 de noviembre, F. J. 11.

Sin embargo y es ese el punto que consideramos relevante, el voto particular introduce una cuestión distinta, porque considera que la exigencia de una ley para la cesión de datos es necesaria pero no suficiente, ya que no basta cualquier ley sino que debe ser una que cumpla las condiciones necesarias de calidad. Concretamente, la ley requeriría una determinación superior del sujeto habilitado para el acceso, vale decir que se cuestiona si cualquier agente policial podría o debería acceder a esas bases de datos; de igual forma se exige una precisión mayor en la forma, el objeto y las garantías de la entrada en el padrón. Por otra parte sostiene el voto particular, que la proporcionalidad de la limitación del derecho de los extranjeros no se ha ponderado adecuadamente, al no considerar el obstáculo para la administración.

i) Derecho de transferir ahorros y obligación de tributar

Estos derechos, aunque puedan parecer un tanto disímiles, se encuentran recogidos en el artículo 15 de la LO 4/2000. En lo referente a la imposición tributaria, el artículo 15.1 de la LO 4/2000, señala que los extranjeros estarán sujetos a los mismos impuestos que los españoles, no haciéndose distinción alguna en cuanto a la nacionalidad ni a la situación administrativa del extranjero.

Asimismo, dicha obligación de los extranjeros se condice con lo especificado en el artículo 31.1 de la Constitución Española, que contempla la obligación de “todos” (españoles y extranjeros sin distinción) al sostenimiento del gasto público en proporción a sus posibilidades.

En lo que se refiere al derecho de los extranjeros, sea cual sea su situación administrativa, de transferir sus ingresos y ahorros percibidos en España a su país u otro de su elección, el artículo 15.2 de la LO 4/2000, señala expresamente dicha facultad y establece la obligación del Estado de viabilizar dichas transferencias, garantizándose, por tanto, la intangibilidad del patrimonio monetario de los extranjeros en situación irregular.

3.3 Principales derechos de los extranjeros residentes

a) Derecho a la libre circulación

Cabe resaltar que la libertad de circulación y de residencia en la actualidad no viene impuesta solamente por el ordenamiento interno, sino también por la normativa comunitaria. En este sentido, aunque el derecho tiene como sujeto expreso a los españoles, la libertad de circulación y de residencia por vía del Derecho de la Unión Europea³⁷⁰, se extiende a todos los ciudadanos comunitarios y a sus familias, de conformidad con las Directivas europeas, pudiendo los Estados restringirla solo por causas de orden, seguridad o salud pública. En ese sentido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha establecido una interpretación restringida de las mencionadas cláusulas, debiendo primar el derecho a la libertad de circulación del ciudadano, en caso no demostrase de manera fehaciente el riesgo al orden, seguridad o salud pública que pueda causar la persona³⁷¹.

En el ámbito internacional extra comunitario, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de 1966, en su artículo 12.1 establece que *“toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia”*, de este modo la libertad de circulación y de residencia, queda restringida a las personas que cumplan un requisito previo, que no es otro que estar legalmente en el Estado en cuestión, lo que significa ni más ni menos que debe cumplir con la legalidad de ese Estado que, en definitiva, dispondrá las condiciones de entrada y permanencia en su territorio.

De igual forma, como ya hemos adelantado en su oportunidad, el artículo 14 del Convenio de Roma, establece la prohibición a toda forma de discriminación; de dicho texto, podría deducirse que no cabe discriminar al extranjero una vez que esté legalmente en el territorio nacional, pero también se podría interpretar como que la prohibición de discriminación se iniciaría en el momento mismo en que el extranjero desea entrar en el país, lo que en ningún caso se le debería poder impedir, en

³⁷⁰Art. 18 del Tratado Constitutivo de la Unión Europea.

³⁷¹SSTJUE, *Asunto Ruiz Zambrano*, de 8 de marzo de 2011; *Asunto C-46/12*, de 21 de febrero de 2013; entre otras.

concordancia con lo establecido por la Declaración Universal de la ONU de 1948³⁷². Sin embargo, la obligatoriedad de la Declaración es prácticamente nula, ya que sus artículos expresan más bien un programa ideal para la convivencia de los pueblos, y no un conjunto normativo de obligatorio cumplimiento por parte de los Estados.

La igualdad de trato que proclama el artículo 14 del Convenio de Roma, solamente juega en relación con alguno de los derechos reconocidos en el propio Convenio, entre los que no figura el de libertad de circulación. Por otro lado debemos señalar, que dicha libertad de circulación sí se incluye en el Protocolo Adicional N° 4, firmado el 16 de septiembre de 1963 y en vigor desde el 2 de mayo de 1968, pero en él se especifica que dicha libertad solamente se reconoce “para los que se encuentren en situación legal dentro del territorio³⁷³”.

El derecho a la libre circulación, es el derecho fundamental sobre el cual se centran la mayor parte de los debates teóricos acerca de la legitimidad de restringirlo a los extranjeros que se encuentren en España en situación irregular. Se encuentra contemplado en el artículo 19 CE, el cual a la letra dice: *"Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por todo el territorio nacional"*. A primera vista podemos colegir de su lectura que es un derecho que se reconoce solo a los españoles, pero la doctrina Constitucional³⁷⁴ ha determinado que no puede privarse de este derecho a los extranjeros, pues éstos gozan de los derechos contenidos en el mismo de acuerdo a lo establecido en los términos que establezcan los Tratados y la Ley³⁷⁵.

Este derecho consiste en la libertad para circular libremente por el territorio nacional y para fijar el lugar de residencia, lo que significa la posibilidad de trasladarse de un lugar a otro, de una Comunidad Autónoma a otra o de fijar la residencia en una u otra con independencia del origen, sin ningún inconveniente; la libertad alcanza pues todo el territorio nacional. Esta libertad se vincula con lo establecido en el artículo 139.2 de la Constitución, que señala la imposibilidad de poner obstáculos a la libre circulación, lo que no obsta para que cada Comunidad Autónoma pueda establecer sus

³⁷²DUDH, cuyo artículo 13 dice: “Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”.

³⁷³Dicho Protocolo Adicional aún no ha sido ratificado por España, pese a que lo firmó el 23 de febrero de 1978.

³⁷⁴STC 236/2007, de 7 de noviembre.

³⁷⁵ GONZÁLEZ TREVIJANO, P., *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutens, Madrid, 1991, pág. 30.

propios derechos y deberes en el marco de sus competencias, siempre que no impidan o dificulten la libertad de circulación o residencia en cualquier parte del territorio. De igual forma también se encuentra contenido en este derecho, la potestad de salir y de entrar al territorio español.

Por su parte, la libre circulación sólo podrá ser suspendida con motivo de la declaración del estado de excepción o sitio, siempre que así se establezca expresamente en la autorización correspondiente, y podrá limitarse su ejercicio en caso de declaración de estado de alarma, de acuerdo con las características y motivos que provocaran la declaración de este estado excepcional; en ambos casos habrá de señalarse el alcance de las medidas³⁷⁶. Al margen de esto, podrá limitarse o restringirse por circunstancias de carácter excepcional, ya sean naturales o de otro carácter; en ocasiones la limitación puntual del derecho, puede venir dada por el ejercicio de otros derechos por parte de otras personas, tal es el caso del derecho de manifestación o del derecho de huelga que puede condicionar temporalmente la libertad de circulación³⁷⁷.

Por otro lado el segundo párrafo del artículo 19 CE, reconoce el derecho de entrar y salir libremente de España de acuerdo con lo establecido en la ley, es decir se trata ya de un derecho de configuración legal, el que sin embargo se encuentra condicionado no sólo por la posible exigencia de unos determinados documentos de identidad respectivos para poder salir del país, sino de también por las exigencias establecidas por el país de destino, como podría ser es el caso del visado. Al margen de los requisitos de carácter formal que pueden condicionar la salida de España, es necesario tener presente cómo la salida del país puede limitarse por resolución judicial; el último inciso añade que, el derecho no podrá restringirse por motivos ideológicos o políticos, disposición que se opone a la política aplicada en los regímenes totalitarios en el que se niega el pasaporte y, por ende, la salida del país a las personas sospechosas de ideología contraria al régimen.

En lo referente a los extranjeros no comunitarios, existe un régimen jurídico diferente en el ejercicio de la libertad de circulación, según GOIZUETA *“Esta diferenciación, además, se hace palpable, de forma sobresaliente, en la regulación del*

³⁷⁶Art. 55 CE en relación con art. 116 CE, desarrollado por la L O 4/1981, de 1 de junio, de los estados de alarma, excepción y sitio.

³⁷⁷SSTC 26/1981, de 17 de julio y 59/1990, de 29 de marzo.

derecho a la libre circulación y residencia de los extranjeros. Y ello porque, probablemente, la libertad objeto de estudio y, principalmente, una de las facetas que la integran, a saber, el derecho de acceso de los extranjeros a territorio español bien podría considerarse la “llave” que permite a estos gozar de muchos de los derechos que garantiza el Título I de la Constitución. En este sentido, merece la pena recordar que el Tribunal Constitucional en la Sentencia 72/2005, de 4 de abril, ha afirmado que “el sujeto de derechos al que se refiere la regulación del art. 13.1 CE no es el extranjero sin más, sino el extranjero en España, el que ya ha entrado en nuestro país”³⁷⁸. Coincidiendo con la autora, podemos afirmar que en efecto existe una diferenciación marcada, entre el derecho contemplado para los españoles y el derecho de los extranjeros no comunitarios. La entrada en España determina el inicio del disfrute de los derechos contemplados en el art. 13. CE, y es por tanto uno de los hechos por los cuales se han aprobado las medidas de seguridad en fronteras exteriores del Espacio Schengen, que a su vez son el punto de acceso a España.

En lo referente al ingreso de extranjeros no comunitarios provenientes de otros Estados Europeos, el control es muy difuso, debido al espacio de libre tránsito del Convenio Schengen, es importante resaltar que desde nuestro punto de vista y coincidiendo con GOIZUETA³⁷⁹, nos encontramos ante un derecho en cuya regulación intervienen dos ordenamientos jurídicos distintos, por un lado el ordenamiento jurídico nacional y por el otro, el ordenamiento jurídico comunitario; una doble regulación que, a su vez, determina la existencia de tres regímenes jurídicos diferentes del disfrute del derecho: la de los españoles, la de los ciudadanos comunitarios y la de los extranjeros no comunitarios.

El Tribunal Constitucional por su parte, ha extendido el ámbito de aplicación de la libertad de circulación y de residencia a los extranjeros, a través de sus sentencias STC 160/1991 de 18 de julio y que se consolida en otras posteriores como en la STC 116/1993, de 29 de marzo, la STC 242/1994, de 20 de julio y la STC 160/2001 de 16 de julio.

³⁷⁸GOIZUETA V. J., *Los diferentes regímenes jurídicos del derecho a la libre circulación y residencia en territorio español: especial referencia a extranjeros y ciudadanos comunitarios*, U. de Valencia, Valencia, 2008, pág. 2.

³⁷⁹GOIZUETA V. J., *Los diferentes regímenes jurídicos del derecho a la libre circulación y residencia en territorio español...*, cit., pág. 4.

Cabe indicar que si bien este derecho no se ha reconocido en iguales términos que a los españoles, estas libertades en el caso de los extranjeros, sólo podrán limitarse en virtud de ley o en virtud de resolución judicial, sin que puedan restringirse de forma general o ilimitada y sin el respeto a las garantías establecidas por el ordenamiento³⁸⁰. Al hilo de esta tendencia, puede traerse a colación la Sentencia 72/2005, la que sostiene que el hecho de que el tenor literal del artículo 19 de la Constitución aluda de forma expresa únicamente a los españoles, no implica que los extranjeros no puedan ser titulares de los derechos fundamentales garantizados en esa norma constitucional.

Al respecto el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la STC 94/1993 y en otras posteriores³⁸¹, en dicha sentencia conoció la queja de amparo planteada por una demandante de nacionalidad filipina frente a la resolución que ordenó su expulsión del territorio nacional, por encontrarse ilegalmente en él y por estar trabajando sin permiso, en aplicación del art. 26.1 a) y b) de la Ley de Extranjería vigente en el momento de los hechos (LO 7/1985, de 1 de julio). El Tribunal, recoge la idea de que a pesar de que el art. 19 CE solamente atribuye la libertad de circulación a los españoles, de acuerdo con el art. 13 CE, los extranjeros pueden ser titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente, recogiendo a su vez la idea de que esta libertad de circulación de los extranjeros, no es un derecho connatural a la dignidad humana, sino de configuración legal, pero haciendo hincapié en que la libertad del legislador para regular estos derechos, se encuentra condicionada por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966.

La regulación actual de la libertad de circulación de los extranjeros la encontramos en el art. 5 de la Ley Orgánica 4/2000, modificada a su vez por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, y por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre. Esta última reforma se encuentra motivada en dos elementos fundamentales: por un lado, la resolución en sentido positivo de una serie de recursos de inconstitucionalidad planteados contra la LO 4/2000³⁸², y por otro lado, la evolución constante del Derecho de la Unión Europea, que en el marco de la creación de un mercado único en el que la libre circulación de personas esté garantizada, obliga a los distintos Estados miembros a actualizar y adaptar

³⁸⁰STC 94/1993, de 21 de marzo y 242/1994, de 20 de julio.

³⁸¹STC 94/1993, de 22 de marzo, 242/1994, de 20 de julio, 24/2000, de 31 de enero y 53/2002, de 27 de febrero.

³⁸²STC 256/2007, de 17 de diciembre y 259/2007, de 19 de diciembre.

su legislación a las exigencias comunitarias. Según GOIZUETA³⁸³ quien a su vez menciona a GARCÍA ROCA³⁸⁴, la jurisprudencia constitucional emanada sobre este particular, bien podría calificarse de vacilante y evolutiva.

Por una parte, debemos tener en cuenta que el Tribunal Constitucional ha mantenido una actitud vacilante que resulta imputable, probablemente, a la ausencia de una adecuada teoría de los derechos de los extranjeros. Adicionalmente a ello, la jurisprudencia del TC ha evolucionado en el sentido de separarse de la interpretación estrictamente literal de la Constitución que, sin embargo, defendió en su oportunidad³⁸⁵. Actualmente, el Tribunal entiende que la literalidad de los preceptos constitucionales reconocedores de derechos, no constituye un dato determinante para delimitar su titularidad, lo que significa que se opta por una interpretación sistemática que exige tener presente, junto al artículo 19, el 13.1 y el 10.2 de la CE.

El argumento que subyace en este cambio de interpretación bien podría situarse en el hecho de que, como afirma la Jurisprudencia Constitucional³⁸⁶, los extranjeros gozan de la protección que les otorgan aquellos tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos a los que se refiere el citado art. 10.2, que como sabemos es considerado la cláusula de apertura al Derecho Internacional de los derechos humanos³⁸⁷. Como es de verse, la libertad de circulación en España tiene tres dimensiones diferenciadas: la primera la libertad para salir del territorio de España, la segunda la libertad de circulación propiamente dicha y la de residencia en España y la tercera la libertad para ingresar a territorio español.

a.1 Derecho a la entrada a España

³⁸³GOIZUETA V. J., *Los diferentes regímenes jurídicos del derecho a la libre circulación y residencia en territorio español...*, cit., pag. 5.

³⁸⁴GARCÍA ROCA, J., “La titularidad constitucional e internacional de los derechos fundamentales de los extranjeros y las modulaciones legales a sus contenidos”, en M. REVENGA SÁNCHEZ (Coord.), *Problemas constitucionales de la 27 inmigración: una visión desde Italia y España. II Jornadas Italo-españolas de Justicia Constitucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, pag. 72.

³⁸⁵STC 99/1985, de 30 de septiembre.

³⁸⁶Tal es el caso de la Declaración 1/2004 de 13 de diciembre y en la Sentencia 72/2005 de 4 de abril.

³⁸⁷SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pag. 56.

En lo que respecta a la entrada al territorio español las diferencias también son notables. Los ciudadanos españoles no tienen restricción alguna para el ingreso al país, salvo el deber de documentación (Pasaporte y DNI). Por su parte los ciudadanos comunitarios, en aplicación de lo establecido en los artículos 4.1 y 4.4, del RD 240/2007 podrán acceder al territorio español, simplemente acreditando su nacionalidad mediante la exhibición del pasaporte o documento de identidad válido y en vigor. Es importante resaltar que las autoridades españolas no pueden impedir el acceso a España a los ciudadanos comunitarios, salvo que sea por razones de orden público o salud pública, ello en virtud del artículo 18.1 TCE³⁸⁸, dado que dicho precepto constituye para el ciudadano comunitario, un derecho que puede oponer frente a los órganos administrativos y jurisdiccionales, estando éstos obligados a proteger dicha pretensión jurídica.

Por su parte, el panorama para los extranjeros no comunitarios es muy diferente, la entrada en España para dichas personas está condicionada a los requisitos derivados de su condición en España (de haber tenido relación anterior a su entrada) o de su nacionalidad de origen, si es la primera vez que ingresan en el territorio nacional y no poseen vinculación alguna con el país. En el primer caso podrán ingresar libremente a España, los ciudadanos extranjeros que posean autorización de estancia o permiso de residencia en vigor emitido por las autoridades españolas, caso contrario les será denegada la entrada en España. En el segundo caso, al constituir España frontera exterior del espacio Schengen, los ciudadanos extranjeros que pretendan entrar en España y por ende en Europa, deberán estar provistos del visado respectivo, si son nacionales de los países a los cuales se les exige la tramitación de este requisito previamente antes de viajar a Europa³⁸⁹; caso contrario, de ser nacional de países a los

³⁸⁸ Art. 18 TCE:

1. Todo ciudadano de la Unión tendrá derecho a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, con sujeción a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación.

³⁸⁹ Actualmente se exige visado a los nacionales de : Afganistán, Albania, Angola, Arabia Saudí, Argelia, Armenia, Azerbaiyán, Bahrain, Bangladesh, Belarús, Belice, Benin, Bhután, Birmania/Myanmar, Bolivia, Bosnia Herzegovina, Botswana, Burkina Faso, Burundi, Cabo Verde, Camboya, Camerún, Chad, China, Comoras, Congo, Corea del Norte, Costa De Marfil, Cuba, Djibouti, Dominica, Ecuador, Egipto, Emiratos Arabes Unidos, Eritrea ,Etiopía Ex. Rp. Yug. De Macedonia, Filipinas, Fiji, Gabón, Gambia, Georgia, Ghana, Granada, Guinea, Guinea Bissau, Guinea Ecuatorial, Guyana, Haití, India, Indonesia, Irá,n Iraq, Jamaica, Jordania, Kazajstán, Kenia, Kirguistán, Kiribati, Kuwait, Laos, Lesoto, Líbano, Liberia, Libia, Madagascar, Malawi, Maldivas, Mali, Marianas Del Norte (Islas), Marruecos, Marshall (Islas), Mauritania, Micronesia, Moldova, Mongolia, Montenegro, Mozambique, Namibia ,Nauru, Nepal, Níger, Nigeria, Omán, Pakistán, Palau, Papua, N. Guinea, Qatar, Rep. Centroafricana, Rep. Dem. Del Congo, Rep. Dominicana, Rusia, Rwanda ,Salomón, (Islas) Samoa, S. Vicente Y Granadinas, Santa Lucía

cuales no se les exige visado, podrán entrar en España, pero debiendo cumplir ciertos requisitos, entre ellos poseer una cantidad mínima de dinero en función del tiempo de la estancia (máximo 90 días), resguardo del alojamiento y constancia de haber contratado un seguro médico internacional³⁹⁰.

Como es de verse, el ingreso en España de los extranjeros de países no comunitarios, está condicionado al cumplimiento de requisitos, pudiendo las autoridades españolas denegar la entrada a un extranjero que no cumpla los mismos.

En relación con el alcance de este derecho para extranjeros no comunitarios, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha venido a clarificar la cuestión, así, para éste no existe un derecho a entrar en España, pero una vez dentro, los extranjeros que estén en situación legal, gozaran de todos sus derechos, de acuerdo con lo previsto en la Ley Orgánica 4/2000, y los que se encuentren en situación irregular, tendrán únicamente los derechos que pertenecen a la persona por el mero hecho de serlo, y particularmente, el derecho a no ser expulsados sino es por causa legal y conforme a procedimiento³⁹¹.

a.2 La libertad de circulación y residencia

En lo referente a la libertad de circulación y residencia dentro del territorio español, el ordenamiento jurídico internacional subordina su ejercicio al hecho de que la persona, sea cual sea su nacionalidad, se halle legalmente en el territorio de un Estado, así se deduce de la literalidad del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos³⁹² y del Cuarto Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos³⁹³. Observaremos

, Sto. Tomé ,Príncipe, Senegal, Serbia ,Sierra, Leona, Siria, Somalia, Sri Lanka, Sudáfrica, Sudán, Suriname, Swazilandia, Tailandia, Tanzania, Tayikistán, Timor Oriental, Togo, Tonga, Trinidad Tobago ,Túnez Turkmenistán, Turquía, Tuvalu, Ucrania, Uganda, Uzbekistán, Vanuatu, Vietnam, Yemen ,Zambia y Zimbabwe.

³⁹⁰Dicho requisito también se exige a los extranjeros provenientes de países a los cuales se exige visado previo.

³⁹¹Sentencias STC 99/1985, de 30 de setiembre; STC 24/2000, de 31 de enero; la STC 53/2002, de 27 de febrero y la STC 72/2005, de 4 de abril.

³⁹²Artículo 12.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

³⁹³Artículo 2.1. del Cuarto Protocolo del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

que el cumplimiento de esta condición de ejercicio o, en su caso, su eventual incumplimiento, resulta mucho más “gravoso” para unos, que para otros titulares³⁹⁴.

Otro aspecto de la libertad de circulación está referido a la libertad de residencia, que comprende tanto, el del lugar de residencia estable como al pasajero, aunque tiene una mayor incidencia el primer supuesto. La libertad de residencia sólo podrá restringirse ante supuestos de similar carácter que en la libertad de circulación, pero hay que ver cómo podemos considerar además otros casos que pueden incidir en el derecho, tal es el caso por ejemplo del desalojo de personas para la realización de obras públicas, en cuyo caso, deberán ponderarse los diferentes derechos o bienes en conflicto para establecer si ha de prevalecer este derecho fundamental o si, por el contrario, en aras del interés público ha de sacrificarse el derecho de unos en base al interés general³⁹⁵.

Como hemos sostenido, consideramos que coexisten tres regímenes en España: el primero el de los españoles, el segundo el de los extranjeros nacionales de los países integrantes de la Unión Europea y sus familiares y el tercero el de los extranjeros de terceros países ajenos a la UE.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha determinado que dicho derecho está reservado a los españoles y a los extranjeros que cumplan los requisitos administrativos para ingresar y desplazarse libremente por el país, en ese sentido se ha pronunciado: “... y al margen también de que los extranjeros carezcan del derecho fundamental a circular libremente por España (SSTC 94/1993, de 22 de marzo, FJ 3; 86/1996, de 21 de mayo, FJ 2, 174/1999, FJ 4), al no conllevar el derecho a la libertad el derecho a entrar en el territorio nacional (ATC 55/1996, de 6 de marzo, FJ 3)...”.

La diferencia salta a la vista, en el caso de los ciudadanos españoles, tienen el pleno derecho de circular y residir en el lugar que deseen sin mayores restricciones que las de la preservación de la seguridad y el orden público. En lo referido a los ciudadanos comunitarios y sus familiares, les es aplicable el Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el

³⁹⁴GOIZUETA V., J., *Los diferentes regímenes jurídicos del derecho a la libre circulación y residencia en territorio español...*, cit., pág. 10.

³⁹⁵STC 160/1991, de 18 de julio, F. J. 11.

Espacio Económico Europeo, que establece que los ciudadanos comunitarios y sus familiares directos tienen derecho a residir libremente en España, pero cumpliendo con ciertos requisitos, mayormente de carácter económico³⁹⁶, siempre que dicha residencia sea mayor a noventa días, previa inscripción en el Registro Central de Extranjeros; sin embargo el no cumplimiento de estos requisitos, no acarrea sanción de expulsión, salvo que se trate de razones de seguridad, orden público o salud pública³⁹⁷. Cabe aclarar que en el caso de extranjeros comunitarios y sus familiares que le acompañen, que deseen residir en España por periodos menores a noventa días, no les será exigible ningún requisito de índole económico y podrán entrar y salir libremente de España.

Por el contrario, el derecho a circular y residir en España para los nacionales de terceros países está condicionado a su situación administrativa, vale decir a que cuenten con el respectivo Permiso de Residencia o Autorización de Estancia por Estudios o Investigación, en este caso tendrán los mismos derechos a circular y residir libremente en las mismas condiciones que los españoles³⁹⁸. Los requisitos para acceder al permiso de residencia o autorización de estancia, se encuentran contemplados en la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social³⁹⁹ y en su Reglamento aprobado mediante Real Decreto 557/2011, de 20 de abril⁴⁰⁰. Cabe indicar que la falta de autorización de estancia o de permiso de residencia o su vencimiento sin la renovación respectiva en los plazos establecidos, acarrea para el extranjero extracomunitario una sanción que puede ir desde una multa (en casos subsanables), hasta la expulsión del territorio español, con la consiguiente prohibición de entrada en territorio nacional hasta por cinco años. Asimismo, como consecuencia de la sanción de expulsión el extranjero no comunitario puede ser sujeto de una “medida cautelar” para asegurar la expulsión, consistente en un internamiento en un Centro de Internamiento para Extranjeros, lugar en el cual podrá estar privado de su libertad hasta por un máximo de sesenta días.

³⁹⁶Requisitos contemplados en el Artículo 7 del Real Decreto 240/2007, modificado por la disposición final quinta del R.D.-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones.

³⁹⁷Artículo 15° del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

³⁹⁸Art. 5° de la LO 4/2000.

³⁹⁹Arts. 29-35 de la LO 4/2000.

⁴⁰⁰Arts. 28-161.

Como puede apreciarse, tanto la legislación de extranjería como el ordenamiento jurídico comunitario contemplan la libertad de circulación y residencia como un derecho condicionado. Ahora bien, existe una notable divergencia: mientras que el incumplimiento de las condiciones que resultan exigibles en el caso de los extranjeros conlleva la posible expulsión de éstos del territorio nacional previo internamiento en un CIE, de darse el caso, ésta queda totalmente vedada para los ciudadanos comunitarios a quienes solo podrá imponérseles, en este supuesto y tal y como se deduce de la lectura del artículo 15 del R.D. 240/2007, sanciones de naturaleza pecuniaria o en casos extremos la expulsión por motivos de orden público, salud pública y seguridad pública⁴⁰¹.

a.3 Libertad para salir de España

En lo referente al derecho a salir de España conviene advertir que la Declaración Universal de Derechos Humanos⁴⁰², el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁴⁰³ y el Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴⁰⁴, reconocen a toda persona el derecho a salir no solo de su propio país, sino también de cualquier otro, de ello se desprende que la libertad de abandonar un Estado pertenece tanto al nacional, como a quien carezca de la nacionalidad del Estado que pretende abandonarse; además que esta libertad se prevé al margen del carácter regular o irregular de la presencia del individuo⁴⁰⁵.

En este caso, tanto el ciudadano español, el ciudadano comunitario, así como el extranjero no comunitario tienen derecho a abandonar libremente el territorio español, únicamente, exhibiendo la documentación requerida para efectuar la entrada. Si bien, también podrán salir con documentación defectuosa o incluso sin ella siempre que no medie oposición de los servicios policiales encargados de efectuar el control, ello demuestra, que la ausencia o defecto en la documentación que resulta exigible para

⁴⁰¹ GOIZUETA V. J., *Los diferentes regímenes jurídicos del derecho a la libre circulación y residencia en territorio español...*, cit., pág. 12.

⁴⁰² Artículo 13.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

⁴⁰³ Artículo 12.2 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos.

⁴⁰⁴ Artículo 2.2 del Cuarto Protocolo.

⁴⁰⁵ GOIZUETA V. J., *Los diferentes regímenes jurídicos del derecho a la libre circulación y residencia en territorio español...*, cit., pág. 9.

abandonar España, no constituye un motivo que justifique la prohibición de abandonar el territorio español, ni para unos ni para otros titulares, siendo en el peor de los casos pasibles de sanciones pecuniarias⁴⁰⁶.

b) Derecho a la reagrupación familiar y a la intimidad familiar

Hemos querido abordar el derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros, pero para ello es necesario vincularlo al derecho que le da origen que es el derecho a la intimidad familiar. Este derecho tiene su referente normativo europeo en el artículo 8 CEDH (respeto a la vida privada y familiar), a nivel extra comunitario podemos citar el artículo 12 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 17 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Sin embargo, ninguno de los instrumentos normativos antes citados, contemplan explícitamente el derecho de las personas extranjeras a la reagrupación familiar. Al respecto se ha pronunciado también el TEDH, el cual no ha reconocido la existencia de un derecho a la reagrupación familiar derivado del artículo 8 CEDH, pero que sin embargo en ciertos casos ha fallado a favor de las personas afectadas⁴⁰⁷, de igual forma se pronunció en un caso de asilo⁴⁰⁸, en el cual la situación del país de origen, hacía imposible que la vida familiar se llevara en cabo en dicho país.

A nivel interno, el derecho a la intimidad personal y familiar se encuentra contemplado en el artículo 18 de la Constitución, y ha sido desarrollado a través de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen. A través de este reconocimiento, el derecho a la intimidad personal y familiar se constituye, al igual que el resto de derechos que se consagran en art. 18, en derechos fundamentales de la personalidad.

⁴⁰⁶ Tal es el caso por ejemplo de la L.O. 4/2000 que en su artículo 53.g) tipifica de infracción grave las salidas del territorio español sin exhibir la documentación requerida sancionándola con multa de 301 hasta 6000 euros tal y como preceptúa el artículo 55.1.b).

⁴⁰⁷ SSTEDH de 21 de diciembre de 2001, Asunto *Sen c. Países Bajos*, , apdos. 36-37; *Mubilanzila c. Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, Sentencia de 12 de octubre de 2006, apdos. 82- 86. En ARZOZ S., X., “Derecho al respeto a la vida privada y familiar”, en LASAGABASTER HERRARTE., I., (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, Civitas, Pamplona, 2015, pág. 379.

⁴⁰⁸ STEDH caso *Boultif*, c. Suiza, Sentencia de 2 de agosto de 2001.

En relación a la delimitación del concepto del derecho a la intimidad personal y familiar, hemos de decir que, ni el propio art. 18 CE, ni la Ley Orgánica que lo desarrollan determinan su contenido⁴⁰⁹, en ese sentido ALBADALEJO señala que se constituye como contenido del mismo: “*el poder concedido a la persona sobre el conjunto de actividades que forman su círculo íntimo personal y familiar, poder que le permite excluir a los extraños de entrometerse en él y de darle una publicidad que no desea el interesado*”⁴¹⁰, así la familia se constituye en el núcleo motor del sujeto y, por ende, de la sociedad y por tal razón tiene una protección constitucional.

Este derecho a la intimidad personal y familiar se encuentra protegido de cualquier intromisión por parte de los particulares y de los poderes públicos, aunque no es un derecho absoluto, sino que es posible que en determinadas ocasiones se encuentre limitado. En ese sentido ROCA afirma: “El derecho a la intimidad no es un derecho fundamental que el individuo tenga ante cualquiera que intente lesionarlo, sino que se ostenta preferentemente frente al Estado, en la concepción liberal es también un sistema para restringir la actuación del Estado”⁴¹¹.

Como materialización del derecho a la intimidad familiar y a la protección que deben prestar a la misma el Estado y por ende los poderes públicos, se ha reconocido el derecho a la reagrupación familiar del extranjero que posee permiso de residencia en España. El ejercicio del derecho a la vida en familia de los extranjeros, está vinculado estrechamente al reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar, dado que las personas necesitan vivir con sus familiares que son quienes componen su esfera más íntima⁴¹². Como parte de ello, se ha desarrollado la legislación de extranjería en la que se contiene toda una enumeración detallada de los sujetos titulares del derecho al reagrupamiento familiar. Los arts. 16 al 19 de la Ley Orgánica 4/2000, así como en los artículos 52 al 61 del Nuevo Reglamento de Extranjería, establecen las modalidades, requisitos y formas de reagrupación familiar, determinando que son familiares reagrupables el cónyuge, la pareja de hecho registrada, los hijos del residente y del

⁴⁰⁹SEMPERE RODRÍGUEZ, C., “Comentarios al art. 18 CE: Derecho al Honor, a la intimidad y a la propia imagen”, en ALZAGA VILLAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución de 1978*, Tomo II, arts. 10 a 23, Edersa, Madrid, 1996. pág. 390.

⁴¹⁰ALBADALEJO, S., *Derecho civil I*, volumen 2º, Madrid, 1996, pág. 66.

⁴¹¹ROCA, E., *Familia y cambio social*, Civitas, Madrid, 1ª edición, 2016, págs. 62- 63.

⁴¹²ARRESE IRIONDO, Mª. N., “El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras”, cit., pág. 21.

cónyuge, los representados del residente, los ascendientes en primer grado del residente y del cónyuge o pareja de hecho.

Al respecto, no debemos dejar de mencionar que el Tribunal Constitucional ha dejado establecido que el derecho a la reagrupación familiar, es un derecho de configuración legal y que el derecho a la vida familiar no se encuentra tutelado por el artículo 18.1 CE, dado que no se encuentra enmarcado dentro del concepto de intimidad familiar al que hace alusión tal precepto⁴¹³.

Según VIDAL⁴¹⁴, si bien es cierto que los extranjeros, gozan del derecho a la vida en familia y a la intimidad familiar en las mismas condiciones que los españoles, independientemente de su situación de regularidad administrativa, tal y como lo establece el TC⁴¹⁵, dichas potestades otorgadas por ese derecho están referidas a la protección de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás. El alcance de este derecho a los extranjeros, comprende básicamente la protección de la privacidad familiar frente a intromisiones ilegítimas, más no el otorgamiento de un derecho a exigir que los poderes públicos les aseguren una vida en común con sus familiares más cercanos, salvo casos extremos en los cuales sea imposible la vida familiar⁴¹⁶. Como hemos visto anteriormente el TC⁴¹⁷, ha determinado que los derechos fundamentales de los extranjeros estrechamente vinculados a la dignidad humana, deben ser respetados en su contenido esencial mínimo, y que una vez respetados este contenido esencial, se podrán establecer condiciones específicas para su ejercicio; tal sería el caso de la reagrupación familiar, la que está reservada a aquellos que tengan permiso de residencia en vigor.

Por otro lado el TC en una controvertida sentencia del año 2013⁴¹⁸, estableció que la expulsión del país de una ciudadana extranjera madre de una menor de nacionalidad española, no vulnera el derecho a la intimidad familiar de la menor. Sustenta su decisión en el hecho de que la menor de 3 años, podría quedarse en España

⁴¹³ STC 186/2013, de 4 de noviembre, F. J. 6.

⁴¹⁴ VIDAL FUEYO, M., “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, enero-abril, 2009, págs. 353-379.

⁴¹⁵ STC 231/1988, de 2 de diciembre, F. J. 3.

⁴¹⁶ STC 236/2007, de 7 de noviembre, F. J. 11.

⁴¹⁷ STC 236/2007, de 7 de noviembre, F. J. 17.

⁴¹⁸ STC 186/2013 de 4 de noviembre.

a cargo de sus abuelas (una española y la otra extranjera con permiso de residencia), hecho que no vulneraría su derecho a la intimidad familiar, por cuanto ya estaba acostumbrada a vivir con ellas, desde que sus progenitores fueron encarcelados, de igual forma podría acompañar a su madre a su país de origen. Debemos precisar que la ciudadana extranjera no tenía permiso de residencia en vigor, y adicionalmente fue condenada por la comisión de un hecho delictivo y en consecuencia de tal hecho el Juez Penal dispuso su expulsión del país⁴¹⁹. De igual forma, el progenitor de nacionalidad española, también fue condenado por el mismo delito y se encontraba en prisión, pasando desde aquel momento la menor a cuidado alterno de sus abuelas. Según QUICIOS⁴²⁰ la expulsión del extranjero que ha cometido un delito que tenga hijo español menor de edad, no puede acordarse automáticamente, pues debería tomarse en consideración si la expulsión vulnera el derecho fundamental del menor a residir en España o se daña su vida familiar o su interés superior. Al respecto ARRESE⁴²¹ sostiene que, cuando la única infracción cometida por la persona es su permanencia irregular en España, es claro que los vínculos familiares podrían impedir la orden de expulsión, sostiene que debe ponderarse la proporcionalidad de la orden de expulsión basándose en lo establecido por el Tribunal Constitucional⁴²², inclusive en las situaciones en las cuales el menor no tenga la nacionalidad española.

Como es de verse, en las normas de desarrollo se establece que el derecho a la reagrupación familiar está circunscrito a los extranjeros residentes, cerrándose con ello la posibilidad de acogerse a dicho beneficio a los extranjeros en situación irregular, a pesar de tratarse de derechos fundamentales que deberían ser atribuidos a las personas en función a su condición de personas humanas independientemente de su situación administrativa.

⁴¹⁹ El artículo 57.2 de la LO 4/2000, dispone que en el caso de que si un extranjero ha sido condenado en España o en el extranjero con una pena privativa de libertad mayor de un año podrá disponerse su expulsión del territorio español, inclusive si la persona cuenta con permiso de residencia en vigor.

⁴²⁰ QUICIOS MOLINA, M. S., “Los límites de la expulsión administrativa de extranjeros con hijos menores de edad españoles por aplicación del artículo 57.2 de la ley 4/2000, de 11 de enero. El caso de la STC 186/2013, de 4 de noviembre”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 28, enero-diciembre 2014, págs. 311-354.

⁴²¹ ARRESE IRIONDO, M^a. N., “La nueva dimensión de la ciudadanía de la Unión y su repercusión sobre el derecho de residencia”, *Revista de Administración Pública*, núm. 194, Madrid, mayo-agosto (2014), págs. 179-208.

⁴²² STC 140/2009, de 15 de junio.

Los extranjeros residentes en España en base a la legislación que acabamos de citar gozan de plena protección de sus derechos y libertades fundamentales, dentro de éstos derechos se reconoce el derecho a reunirse con su familia, entendida como familia nuclear, en el Estado de acogida. Sin embargo este derecho se encuentra condicionado al cumplimiento de una serie de requisitos que establece la LO 4/2000 y su Reglamento, muchos de los cuales son de índole económico⁴²³.

Igualmente, el procedimiento para lograr la reagrupación de los familiares es muy complejo, dado que no solo se requiere que la persona extranjera haya renovado su residencia, sino que además la documentación que debe presentarse para dicho procedimiento, puede ser muy variada dependiendo de las circunstancias de cada caso en particular, lo cual dificulta que la familia pueda reunirse en el Estado de acogida⁴²⁴.

Según EZQUERRA, el derecho al reagrupamiento familiar del inmigrante legal no es una concesión unilateral, sino un derecho y por tanto, su disfrute no debería hacerse depender de cuestiones económicas, además, los requisitos que se imponen a los mismos no deben ni pueden dejar vacío de contenido el ejercicio del derecho⁴²⁵. En la misma línea MARTÍNEZ, sostiene que el derecho al reagrupamiento familiar se constituye en un “derecho fundamental del extranjero cuyo fundamento jurídico reside en el art. 16 del Convenio de Roma, así como, en el art. 18 CE, siempre que se

⁴²³ Artículo 18 de la LO 4/2000:

1. *Los extranjeros podrán ejercer el derecho a la reagrupación familiar cuando hayan obtenido la renovación de su autorización de residencia inicial, con excepción de la reagrupación de los familiares contemplados en el artículo 17.1 d) de esta Ley, que solamente podrán ser reagrupados a partir del momento en que el reagrupante adquiera la residencia de larga duración.*
2. *El reagrupante deberá acreditar, en los términos que se establezcan reglamentariamente, que dispone de vivienda adecuada y de medios económicos suficientes para cubrir sus necesidades y las de su familia, una vez reagrupada.*
En la valoración de los ingresos a efectos de la reagrupación, no computarán aquellos provenientes del sistema de asistencia social, pero se tendrán en cuenta otros ingresos aportados por el cónyuge que resida en España y conviva con el reagrupante.
Las Comunidades Autónomas o, en su caso, los Ayuntamientos informarán sobre la adecuación de la vivienda a los efectos de reagrupación familiar.
Las Administraciones Públicas promoverán la participación de los reagrupados en programas de integración socio-cultural y de carácter lingüístico.

⁴²⁴ ARRESE IRIONDO, M^a. N., *El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras...*, cit., pág. 23.

⁴²⁵ EZQUERRA UBERO, J. J. “El derecho a vivir en familia de los extranjeros en España”, *Migraciones*, núm. 1, 1997. pág. 187.

circunscriba al círculo familiar que constituye su vida privada y su intimidad”⁴²⁶. Por otro lado para LABACA⁴²⁷, este derecho no es absoluto, aunque evidentemente no pueden existir injerencias de las autoridades públicas en el ejercicio del mismo a no ser que sean necesarias⁴²⁸, esta limitación por parte de los Estados al ejercicio de este derecho, se contiene expresamente en el apartado 2º, del art. 8 CEDH⁴²⁹.

c) Derecho a los servicios y prestaciones sociales

Estos derechos pertenecen a la categoría de los principios rectores de política social y económica, recogidos en el Capítulo III del Título II de la Constitución, pero precisan un desarrollo por el legislador, de conformidad con el art. 53.3 CE. El derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas es de configuración legal, se encuentra regulado por el artículo 14 de la LO 4/2000, en la cual se reserva la totalidad de servicios y prestaciones sociales a los españoles y extranjeros residentes (artículos 14.1 y 14.2). Sin embargo en el artículo 14.3, se abre una ventana para cubrir necesidades de asistencia social a los extranjeros que se encuentren en situación irregular, ya que dicho artículo contempla que los extranjeros, sean o no residentes, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas⁴³⁰.

Como podemos apreciar, las prestaciones y servicios sociales benefician a los españoles y a los extranjeros residentes en igualdad de condiciones, sin embargo, en el caso de las denominadas básicas, se incluye en su disfrute a los extranjeros cualquiera

⁴²⁶ MARTÍNEZ CANO-CORTÉS, Y., “Comentarios al art. 16 de la Ley Orgánica, de 11 de enero sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social”, en SANTOLAYA MACCHETI, P. (coord.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Valladolid, 2000, pág. 28.

⁴²⁷LABACA Z., M., “El derecho a la vida familiar de los inmigrantes en la legislación de extranjería”, *Revista Saberes*, vol. 3, Madrid, 2005, pag. 6.

⁴²⁸CREPEAU, F. y CARLIER, JEAN-YVES. “Intégration régionale et politique migratoire. Le modèle européen entre coopération et communautarisation”, *Journal du Droit International*, núm. 4º. Octubre-noviembre-diciembre, 1999. pág. 1012.

⁴²⁹Art. 8.2º CEDH: “No podrá haber injerencias de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás”.

⁴³⁰Así el artículo 14 hace una puntualización importante al distinguir entre:

- a) Los extranjeros residentes (con permiso de residencia) que tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales, tanto a los generales y básicos como a los específicos, en las mismas condiciones que los españoles (artículo 14.2).
- b) Los extranjeros, sea cual sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas. (artículo 14.3).

que sea su situación administrativa; como ejemplo de ellas tenemos a las rentas mínimas de inserción, que son ayudas económicas básicas que gestionan las Comunidades Autónomas, prestación social básica de la cual podrían ser beneficiarios los extranjeros en situación irregular en España.

En ese sentido la normativa de extranjería plantea dos grandes distinciones, la primera referida al extranjero beneficiario de los servicios sociales, que puede ser de dos tipos: regular e irregular; y una segunda en cuanto al objeto de derecho, es decir si nos estamos refiriendo a los servicios sociales básicos o los específicos.

Ante esta distinción cabe hacer dos consideraciones, en primer lugar esta distinción consolida la existencia de diversos grados de ciudadanía y por tanto de derechos y obligaciones. En segundo término y principalmente, consagra un peligroso principio de negación legal al marcar y definir tajantemente el tratamiento del otro, del extranjero irregular, como sujeto a excluir, provocando situaciones paradójicas, contradicciones jurídicas y dificultades en señalar los límites de los derechos⁴³¹.

Asimismo, en lo referente a distinguir los servicios sociales básicos de los específicos, podemos señalar que el uso del término *básico* ha sido objeto de debate en el tema que nos ocupa⁴³² y está vinculado a otro término de difícil consenso, la “*necesidad*”. Los servicios sociales básicos están orientados a cubrir las necesidades más básicas del ser humano, llámese alimentación, vivienda, salud, etc.; mientras que las específicas cubren otro tipo de necesidades personales y sociales. Sin embargo, debemos hacer hincapié en que en los temas de asistencia social las Comunidades Autónomas poseen reglamentación propia que no siempre es coincidente con respecto a la clasificación de los servicios sociales como básicos o específicos. Por ejemplo, las normas reguladoras de las prestaciones de ámbito social en la Comunidad Autónoma Vasca, con carácter general, no exigen entre sus requisitos la acreditación de la condición de extranjero en situación de estancia o residencia legal o regular, sino la acreditación de extranjero con vecindad en el territorio de la Comunidad Autónoma;

⁴³¹ TORRES PÉREZ, F., “Intervención social e inmigración, Integración, modelos de intervención y servicios sociales”, *Colección Servicios Sociales*, Serie Debate nº 6 DGSS, Logroño, 2001, pág. 84.

⁴³² IBIDEM, cit. págs. 84-85.

entre ellas podemos distinguir a la Renta de Garantía de Ingresos, la Prestación Complementaria de Vivienda y las Ayudas de Emergencia Social⁴³³.

Como ya hemos señalado, el derecho a los servicios sociales especializados está restringido por ley a los extranjeros con permiso de residencia, sin embargo existen dos ámbitos en los que es más permeable el acceso a estos servicios especializados. El primero de ellos, es el caso de los menores extranjeros, como consecuencia de la publicación de la Ley 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, la aprobación de la Ley de Extranjería, que recoge en su redacción la obligación de atender a los menores desamparados con los mismos medios y derechos de que gozan los menores españoles⁴³⁴. El segundo de estos ámbitos, son los servicios de atención a la mujer víctima de violencia de género, que comprenden el conjunto de recursos y programas: atención jurídica y psicológica de base, pisos tutelados, residencias o programas de formación laboral; el acceso a estos recursos está amparado legalmente en el único caso en que la mujer tenga hijo/s menor/es, pues como hemos señalado, estos gozan de un tratamiento diferenciado conforme a la Ley del Menor⁴³⁵ y la Ley de Extranjería⁴³⁶.

Como podemos apreciar los servicios sociales básicos a los que pueden acceder los extranjeros irregulares, dependerá de la Comunidad Autónoma en la que se encuentren, siendo así en virtud del reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, del cual hemos hecho referencia anteriormente.

⁴³³Reguladas por la Ley 18/2008, de 23 de diciembre (BOPV N 250/2008) para la Garantía de Ingresos y para la Inclusión Social y el Decreto 4/2011, de 18 de enero (BOPV N 27/2011) de las Ayudas de Emergencia Social.

⁴³⁴Artículo 3.- Referencia a Instrumentos Internacionales

Los menores gozarán de los derechos que les reconoce la Constitución y los Tratados Internacionales de los que España sea parte, especialmente la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad, y de los demás derechos garantizados en el ordenamiento jurídico, sin discriminación alguna por razón de nacimiento, nacionalidad, raza, sexo, discapacidad o enfermedad, religión, lengua, cultura, opinión o cualquier otra circunstancia personal, familiar o social.

La presente ley, sus normas de desarrollo y demás disposiciones legales relativas a las personas menores de edad, se interpretarán de conformidad con los Tratados Internacionales de los que España sea parte y, especialmente, de acuerdo con la Convención de los Derechos del Niño de Naciones Unidas y la Convención de Derechos de las Personas con Discapacidad.

Los poderes públicos garantizarán el respeto de los derechos de los menores y adecuarán sus actuaciones a la presente ley y a la mencionada normativa internacional.

⁴³⁵Ibídem.

⁴³⁶Artículo 14 Derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales

“...3 Los extranjeros, cualquiera que sea su situación administrativa, tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas...”

d) Derecho y deber a la documentación

En este punto nos encontramos nuevamente con diferencias entre el régimen de extranjeros comunitarios a los que se les aplica las reglas del Real Decreto 240/2007 y el régimen de los extranjeros no comunitarios a los cuales se les aplica el régimen común de extranjería regulado por la Lo 4/2000 y su Reglamento.

Como hemos advertido anteriormente los ciudadanos comunitarios pueden circular libremente por todo el espacio europeo, lo cual incluye la facultad de salir y entrar en España, para lo cual deberán identificarse con su documento de identidad en vigor o su Pasaporte, para estancias menores de noventa días los ciudadanos comunitarios y sus familiares no tienen obligación alguna de inscribirse en el registro de extranjeros, ni de obtener por tanto un NIE (número de Identificación de Extranjero). Dicha exigencia solo es aplicable a aquellos que pretendan residir en territorio español por un periodo mayor de noventa días, los cuales estarán sujetos a las exigencias que hemos en el acápite referido a la libertad de circulación; pero dicha obligación, solo tiene por finalidad otorgarle al extranjero comunitario un número de NIE, que lo autorizará a trabajar por cuenta propia o ajena, con los derechos sociales que ello implica; mas no implica que a dicho ciudadano extranjero se le documente en España, su documentación personal como tal, se realiza con el documento nacional de identidad otorgado por su país de origen y/o por su respectivo Pasaporte, es imprescindible que ambos documentos deben estar en vigor.

Por su parte, en lo que respecta a los ciudadanos extranjeros no comunitarios, la situación es muy diferente, pues en el caso de que éstos pretendan residir en España por un periodo mayor a tres meses, tendrán la obligación de tramitar su Tarjeta de Identidad de Extranjero en el periodo de un mes desde su entrada en España, lo que implicará a su vez que se le inscriba en el Registro de Extranjeros y se le otorgue un número de identificación de extranjero NIE⁴³⁷.

El derecho a contar con la documentación que acredite la identidad del extranjero, se encuentra recogida en el Artículo 4.1 de la LO 4/2000, en el cual se

⁴³⁷Artículo 4.2 de la LO 4/2000.

reconoce a todos los extranjeros que se encuentren en territorio español el derecho, pero a la vez, la obligación de conservar la documentación acreditativa de su identidad y a obtener la propia que acredite su situación en España.

Como podemos apreciar, este derecho tiene doble vertiente, es a su vez un derecho cuyo contenido es no ser privado de su documentación, salvo casos expresamente previstos en la ley, y por otro lado incluye una obligación de conservar la documentación de su identidad, sea ésta de su país de origen y también la emitida por España. Asimismo, en el artículo 4.3 de dicho cuerpo normativo, se señala expresamente que los extranjeros no podrán ser privados de su documentación, salvo en los supuestos y con los requisitos previstos en dicha Ley Orgánica y en la Ley Orgánica sobre protección de la seguridad ciudadana, es decir, en casos excepcionales donde se encuentre en riesgo la seguridad ciudadana y/o el orden público.

Con respecto a dicho punto vale precisar algunas aclaraciones, para los ciudadanos comunitarios, la inscripción en el registro central de extranjeros es una formalidad destinada a ejercer el derecho al trabajo y sus prestaciones sociales, dichos extranjeros se identificarán con su Tarjeta de Identidad otorgada por su país y/o con su Pasaporte. En cambio en el caso de los extranjeros extracomunitarios, deberán identificarse necesariamente con la Tarjeta de Identidad de Extranjeros emitida por las autoridades españolas y también con su Pasaporte en vigor.

Como es de verse, la diferencia de trato es marcadamente disímil, y trae en muchos casos severos problemas a algunos extranjeros que por robo o extravío pierden la documentación de su país de origen, puesto que en algunos casos los Consulados de sus países tardan largos periodos de tiempo en emitirles un nuevo Pasaporte. Ello conlleva que estas personas permanezcan defectuosamente indocumentadas durante dicho tiempo, y se les impida el acceso a innumerables trámites y ejercicio de derechos en España, puesto que en las Administraciones Públicas españolas se exige como requisito de identificación que el extranjero no comunitario exhiba su Tarjeta de Identificación de Extranjero y su Pasaporte, ambos documentos en vigor, caso contrario no es atendido. Consideramos que dicha exigencia extrema debe ser eliminada, puesto que el extranjero al haber obtenido ya una Tarjeta de Identificación de Extranjero, que trae consigo la concesión de una autorización de estancia o permiso de residencia, se

encuentra perfectamente identificado y consta como tal en el Registro de Extranjeros; por lo tanto la posesión del Pasaporte sólo debería exigirse como requisito para los viajes fuera de España, mas no para su identificación dentro del territorio español. Dichas exigencias muchas veces implican, a su vez, que el extranjero pueda verse privado de ejercer ciertos derechos de los que es titular⁴³⁸.

e) Derecho a ser asegurado en el Sistema Nacional de Salud

En términos generales todos los españoles, así como los ciudadanos extranjeros que tengan establecida su residencia en el territorio nacional, son titulares del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la cual en su oportunidad tuvo la finalidad de dotar al sistema sanitario de una característica universal.

Como mencionamos anteriormente, el derecho a la atención sanitaria de los extranjeros era hasta hace poco tiempo un derecho irrestricto e incondicionado a su situación administrativa, sin embargo actualmente ha pasado a formar parte de los derechos condicionados a su situación de regularidad administrativa. Cabe indicar que se encuentra contemplado en el artículo 12 de la LO 4/2000, modificado por Real Decreto-ley 16/2012 de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones, en la cual se especifica que el derecho a la atención sanitaria de los extranjeros se encuentra regulada en la normativa específica sobre la materia.

En ese sentido se emite el Real Decreto 1192/2012 de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, en el cual se establecen los requisitos para acceder a las prestaciones del sistema nacional de salud. En dicha norma se especifica que para poder tener derecho a la atención sanitaria pública, se requiere en primer lugar ostentar la condición de asegurado, para ello la

⁴³⁸Tal es el caso de la solicitud de prestación por desempleo sometida a plazos de caducidad. En el INEN, así como en las Oficinas de Empleo Público de las Comunidades Autónomas como es el caso del LANBIDE en la Comunidad Autónoma Vasca, se exige que el extranjero extracomunitario adicionalmente de su Tarjeta de Identidad de Extranjero en vigor, exhiba su Pasaporte.

norma antes mencionada ha precisado una serie de supuestos⁴³⁹, entre los cuales se encuentran ser trabajador por cuenta propia o ajena en activo ante la Seguridad Social, encontrarse en calidad de pensionista del Sistema de la Seguridad Social, ser perceptor de alguna subvención o beneficio de la Seguridad Social, incluyendo la prestación por desempleo, así como haber agotado la prestación por desempleo y encontrarse inscrito como demandante de empleo. Por otro lado se precisa en la norma, que solo los extranjeros comunitarios y los extracomunitarios con autorización de residencia podrán

⁴³⁹Arts. 2, 3 y 4 del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto. Así, ostentan la condición de ASEGURADAS (art. 2):

- 1) *Las personas que tienen cubierta la asistencia sanitaria por estar incluidas en el sistema de Seguridad Social:*
 - a) *Trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliados a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta.*
 - b) *Pensionistas del sistema de la Seguridad Social.*
 - c) *Perceptores de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, como la prestación y el subsidio por desempleo u otras de similar naturaleza.*
 - d) *Los que hayan agotado la prestación o el subsidio por desempleo u otras prestaciones de similar naturaleza y se encuentren en situación de desempleo, no acreditando la condición de asegurado por cualquier otro título, teniéndose en cuenta que este supuesto no será de aplicación a los extranjeros no registrados ni autorizados como residentes en España (a los que se refiere el art. 3 ter de la Ley 16/2003, de 28 de mayo).*
- 2) *Las personas que, no encajando en los supuestos anteriores ni ostentando la condición de beneficiarias -en los términos que se indicarán más adelante-, no tengan ingresos superiores en cómputo anual a cien mil euros ni cobertura obligatoria de la prestación sanitaria por otra vía, y se encuentren en alguno de los siguientes supuestos:*
 - a) *Tener nacionalidad española y residir en territorio español.*
 - b) *Ser nacionales de algún Estado miembro de la Unión Europea (UE), del Espacio Económico Europeo (EEE) o de Suiza y estar inscritos en el Registro Central de Extranjeros.*
 - c) *Ser nacionales de un país distinto de los mencionados anteriormente, o apátridas, y titulares de una autorización para residir en territorio español, mientras esta se mantenga vigente en los términos previstos en su normativa específica.*
- 3) *Los menores de edad sujetos a tutela administrativa, salvo en los casos relativos a los menores extranjeros (previstos en el art. 3 ter de la Ley 16/2003).*

Por su parte, ostentan la condición de BENEFICIARIAS de un asegurado (art. 3), las personas que se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

- a) *Ser cónyuge de la persona asegurada o convivir con ella con una relación de afectividad análoga a la conyugal, constituyendo una pareja de hecho.*
- b) *Ser ex cónyuge, o estar separado judicialmente, en ambos casos a cargo de la persona asegurada por tener derecho a percibir una pensión compensatoria por parte de ésta.*
- c) *Ser descendiente, o persona asimilada a éste, de la persona asegurada o de su cónyuge, aunque esté separado judicialmente, de su ex cónyuge a cargo o de su pareja de hecho, en ambos casos a cargo del asegurado y menor de 26 años o, en caso de ser mayor de dicha edad, tener una discapacidad reconocida en un grado igual o superior al 65 por 100.*

Todo beneficiario ha de reunir los siguientes requisitos:

- a) *No ostentar la condición de asegurado.*
- b) *Tener residencia autorizada y efectiva en España, salvo en el caso de aquellas personas que se desplacen temporalmente a España y estén a cargo de trabajadores trasladados por su empresa fuera del territorio español, siempre que éstos se encuentren en situación asimilada a la de alta, cotizando en el correspondiente régimen de Seguridad Social español.*

ostentar la condición de asegurados en los casos que no excedan los ingresos económicos que se determinan en las normas respectivas.

Como lo dijimos anteriormente, un extranjero extra comunitario para ostentar la condición de asegurado por parte del Sistema Nacional de Salud, debe contar con la correspondiente autorización de residencia, caso contrario, sólo tendrá derecho a la atención por urgencias o, en su defecto, a la atención y cuidados durante el embarazo y el parto.

Al respecto existe un precedente jurisprudencial del Tribunal Constitucional, la STC 95/2000 de 10 de abril, en la que se discutía por parte del quejoso, en amparo el derecho de su compañera de hecho, a ser beneficiaria de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social cuyo titular directo era el recurrente. En dicha sentencia el Tribunal, tras recordar su doctrina general sobre los derechos de los extranjeros, declara que tanto el mantenimiento del sistema público de Seguridad Social (art. 41 CE) como el reconocimiento del derecho a la salud (art. 43 CE) y, consecuentemente, la obligación de los poderes públicos de organizarla y tutelarla mediante las medidas, prestaciones y servicios necesarios (art. 43 CE) se contienen en el Título I del texto constitucional, lo que permite establecer la relación entre ellos y la previsión ya mencionada del art. 13.1 CE, deduciéndose el derecho de los extranjeros a beneficiarse de la asistencia sanitaria en las condiciones fijadas por las normas correspondientes. Como vemos, se hace hincapié en que es un derecho de configuración legal que como tal puede ser condicionado a la existencia de ciertos requisitos, en este caso encontrarse de manera legal en España. Siguiendo dicho criterio, en reciente pronunciamiento⁴⁴⁰ el máximo Tribunal ha declarado la constitucionalidad de la reforma establecida por el Gobierno en el año 2012, la Sentencia avala las medidas adoptadas en el RD- ley 16/2012, de 20 de abril, con la salvedad del inciso “siempre que acrediten que no superan el límite de ingresos determinado reglamentariamente” del art. 3.3 de la Ley 16/2003.

f) Derecho al acceso al sistema público de ayudas en materia de vivienda

Como es sabido, como parte del Estado de Bienestar que posee España, existe un sistema público de ayudas en materia de vivienda, el cual consiste en la prestación de

⁴⁴⁰ STC 139/2016, de 21 de julio.

ayudas para vivienda y alojamiento de diverso tipo (ayudas para compra de viviendas, para alquiler o alojamiento temporal) hacia los colectivos que necesitan acceder a ello. En el ámbito de la protección del derecho a la vivienda, existen normas estatales y también autonómicas destinadas a ofrecer alternativas y facilidades para el acceso a la vivienda a aquellas personas que lo necesiten.

Lamentablemente, en lo referente al disfrute del acceso al sistema público de viviendas por parte de los extranjeros, debemos señalar que éste se encuentra condicionado a su situación de residencia en España y también a lo establecido en las normas específicas sobre la materia, así se establece en el artículo 13 de la LO 4/2000, en la cual se precisa además que *“en todo caso, los extranjeros residentes de larga duración tienen derecho a dichas ayudas en las mismas condiciones que los españoles”*.

Como podemos apreciar se excluye totalmente de este derecho a los extranjeros en situación irregular, a pesar de que la vivienda es un derecho básico de las personas que contribuye a la integración social y la calidad de vida. Por otro lado, se hace una precisión con respecto a los residentes de larga duración, señalando que éstos tendrán prioridad frente a aquellos residentes que no lo sean, equiparándolos en su disfrute a los ciudadanos españoles.

g) Derecho al Trabajo por cuenta propia o ajena y a la seguridad social

Debemos señalar que el referente normativo internacional lo encontramos en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo- OIT N° 97, sobre los trabajadores migrantes, que establece en su artículo 6 : *“todo miembro para el cual se halle en vigor el presente Convenio se obliga a aplicar a los inmigrantes que se encuentren legalmente en su territorio, sin discriminación de nacionalidad, raza, religión o sexo, un trato no menos favorable que el que aplique a sus propios nacionales en relación con las materias siguientes...”*; enumerando a continuación las principales condiciones de trabajo (remuneración, jornada de trabajo, vacaciones, formación profesional, etc.), derechos sindicales, y, fundamentalmente, prestaciones de Seguridad Social, entre otros.

A nivel interno, el derecho a ejercer una actividad laboral de forma autónoma o bajo una relación laboral de subordinación y dependencia, se encuentra supeditado a la obtención previa del extranjero de la autorización de residencia y trabajo, lo cual se encuentra a su vez concatenado a la condición de residente. En ese sentido, el artículo 10.1 de la LO 4/2000, establece que los extranjeros residentes tienen derecho a ejercer una actividad remunerada por cuenta propia o ajena, así como a acceder al sistema de la Seguridad Social en igualdad de condiciones que los españoles; todo ello en concordancia con lo establecido en el antes citado Convenio OIT.

Asimismo, los requisitos y procedimientos de obtención de la autorización de trabajo, se encuentran detallados en los artículos 36 al 43 de la LO 4/2000, exigiéndose para poder trabajar a los extranjeros no comunitarios, una autorización administrativa, salvo algunos supuestos de excepción, como es el caso de los extranjeros que se encuentran en situación de residencia de larga duración, condición a la que accede el extranjero una vez que haya tenido de manera ininterrumpida autorización de residencia temporal durante cinco años.

Con respecto a este derecho, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en la sentencia 107/1984 de 23 de noviembre, relativa al derecho al trabajo por parte de un extranjero que no contaba con autorización de trabajo, en combinación con el principio de igualdad y a la exigencia de permiso de residencia. El Tribunal Constitucional incluye el derecho al trabajo entre los derechos del grupo de plena configuración legal, es decir entre aquellos que “perteneceerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio”. Por su parte, el Tribunal Supremo viene tradicionalmente declarando la nulidad de los contratos de trabajo concertados sin la autorización de residencia respectiva, es importante resaltar que en numerosa jurisprudencia se sostiene que *"la existencia de una legislación que exige el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad de celebrar válidamente un contrato de trabajo, no se opone a la Constitución"*⁴⁴¹.

⁴⁴¹Entre otras tenemos la SSTS/Social de 27 de noviembre de 1990 (La Ley Juris 13498R11991), de 15 de marzo de 1991 (recurso 688/1990, La Ley Juris 8927/1991), de 21 de marzo de 1997 (recurso 2086/1996, La Ley Juris 6286/1997).

Por otro lado, debemos aclarar que no existe una norma legal expresa que disponga que la falta de autorización administrativa para trabajar, comporte la ineficacia o nulidad de un contrato de trabajo, sin perjuicio de las sanciones administrativas por la realización o aceptación de trabajo sin el correspondiente permiso. Hay que tener en cuenta que la normativa de extranjería tipifica como una infracción grave, el "encontrarse trabajando en España sin haber obtenido permiso de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia"⁴⁴², pudiendo esta infracción ser sancionable con multa de 501 a 10,000 euros⁴⁴³.

En lo referente a los derechos a la seguridad social y a los servicios sociales, debemos señalar que se encuentran contemplados en los artículos 10.1 y 14 de la LO 4/2000, reconociéndose en ellos a los extranjeros residentes el derecho a la Seguridad Social en igualdad de condiciones que los españoles, dicho derecho comprende el derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social y a los servicios y prestaciones sociales, tanto a las generales y básicas como a las específicas. En su oportunidad, vimos cómo los extranjeros en situación irregular solo pueden acceder a las prestaciones sociales básicas, cuyo contenido dependerá de la normativa que al respecto tenga en vigor cada Comunidad Autónoma.

De igual forma, como un derecho derivado del derecho a ejercer una actividad laboral remunerada, se contempla en la normativa vigente específicamente en el artículo 10.2 de la LO 4/2000, el derecho de los extranjeros residentes con autorización de trabajo, a prestar servicios laborales para las administraciones públicas, en los términos previstos en el Real Decreto Legislativo 5/2015 de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público⁴⁴⁴. Cabe indicar

⁴⁴² Artículo 53.1 a de la LO 4/2000:

1. Son infracciones graves:

b) Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida.

⁴⁴³ *Artículo 55 Sanciones:*

1. Las infracciones tipificadas en los artículos anteriores serán sancionadas en los términos siguientes:

b) Las infracciones graves con multa de 501 hasta 10.000 euros. En el supuesto contemplado en el artículo 53.2.a) de esta Ley, además de la sanción indicada, el empresario también estará obligado a sufragar los costes derivados del viaje.

⁴⁴⁴ *Artículo 57 Acceso al empleo público de nacionales de otros Estados*

1. Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea podrán acceder, como personal funcionario, en igualdad de condiciones que los españoles a los empleos públicos, con excepción de aquellos que directa o indirectamente impliquen una participación en el ejercicio del poder público o en

que los extranjeros residentes extracomunitarios podrán acceder sólo en la categoría de personal laboral en igualdad de condiciones que los españoles, para acceder a las demás categorías del empleo público (Funcionarios de carrera, funcionarios interinos, personal directivo, etc.) se ha establecido que el requisito es tener la nacionalidad española.

h) Derecho a la participación pública

Cuando nos referimos a participación pública, estamos hablando de la potestad de las personas de participar en los actos de sufragio del país donde residen, dicha capacidad de sufragio, también denominada política, posee dos vertientes: el derecho al sufragio activo, vale decir el derecho a elegir a sus autoridades y representantes, y por otra parte tenemos el sufragio pasivo, que consiste en el derecho a ser elegido.

En el ámbito internacional, debemos afirmar que los principales instrumentos internacionales, no reconocen el derecho a la participación política de los extranjeros; en ese sentido la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948, no reconoce a los extranjeros el derecho a tomar parte en los asuntos públicos; igualmente, la Convención Europea de Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, declara expresamente la libertad de los Estados de imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros⁴⁴⁵.

las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses del Estado o de las Administraciones Públicas.

A tal efecto, los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas determinarán las agrupaciones de funcionarios contempladas en el artículo 76 a las que no puedan acceder los nacionales de otros Estados.

2. Las previsiones del apartado anterior serán de aplicación, cualquiera que sea su nacionalidad, al cónyuge de los españoles y de los nacionales de otros Estados miembros de la Unión Europea, siempre que no estén separados de derecho y a sus descendientes y a los de su cónyuge siempre que no estén separados de derecho, sean menores de veintidós años o mayores de dicha edad dependientes.

3. El acceso al empleo público como personal funcionario, se extenderá igualmente a las personas incluidas en el ámbito de aplicación de los Tratados Internacionales celebrados por la Unión Europea y ratificados por España en los que sea de aplicación la libre circulación de trabajadores, en los términos establecidos en el apartado 1 de este artículo.

4. Los extranjeros a los que se refieren los apartados anteriores, así como los extranjeros con residencia legal en España podrán acceder a las Administraciones Públicas, como personal laboral, en igualdad de condiciones que los españoles.

5. Sólo por ley de las Cortes Generales o de las asambleas legislativas de las comunidades autónomas podrá eximirse del requisito de la nacionalidad por razones de interés general para el acceso a la condición de personal funcionario.

⁴⁴⁵ Artículo 16 Restricciones a la actividad política de los extranjeros

Ninguna de las disposiciones de los artículos 10, 11 y 14 podrá ser interpuesta en el sentido de que prohíbe a las Altas Partes Contratantes imponer restricciones a la actividad política de los extranjeros.

Sin embargo, a pesar de la falta de una proclamación internacional clara del derecho de participación política como derecho de la persona, no ha impedido que los Estados extiendan los derechos electorales a los extranjeros de forma unilateral, o a través de la celebración de convenios internacionales de carácter bilateral o multilateral. Tal es el caso del Convenio sobre la Participación de los Extranjeros en la Vida Pública a Nivel Local, hecho por el Consejo de Europa en Estrasburgo el 5 de febrero de 1992, este Convenio prevé la concesión del derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales, a todo extranjero que resida legalmente en el país, sin que el ejercicio de este derecho quede sometido a condición de reciprocidad⁴⁴⁶. Dicho instrumento internacional ha sido ratificado solo por 9 Estados Europeos⁴⁴⁷, no habiéndolo ratificado España, dado que el artículo 13,2 CE establece el principio de reciprocidad, como requisito para ejercer dicho derecho.

Entre los textos multilaterales, aunque con una caracterización regional más cerrada, se cuenta también el Tratado Constitutivo de la Unión Europea que, como un componente más del estatuto de ciudadano europeo, reconoce el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo, de los nacionales de países de la UE que residan en otro país de la Comunidad del cual no sean nacionales. Por definición, y al contrario del texto anterior, en este caso el derecho electoral es reconocido, sobre la base de una reciprocidad institucional, sólo y exclusivamente a los extranjeros que sean nacionales de un Estado perteneciente a la UE⁴⁴⁸.

En España de acuerdo con lo establecido por el texto del art. 13.2 de la Constitución⁴⁴⁹, así como lo establecido en el art. 6.1 de la Ley de Extranjería, en la redacción dada por la L.O. 2/2009, se prevé la posibilidad de extender a los extranjeros

⁴⁴⁶Artículo 6 de este Convenio: "cada parte se compromete, a reserva de las disposiciones del artículo 9.1, a conceder el derecho de voto activo y pasivo en las elecciones locales a todo extranjero residente, con tal de que éste cumpla las mismas condiciones que se aplican a los ciudadanos y, además, haya residido legal y habitualmente en el Estado en cuestión durante los cinco años anteriores a las elecciones".

⁴⁴⁷ Albania, República Checa, Dinamarca, Finlandia, Islandia, Italia, Holanda, Noruega y Suecia.

⁴⁴⁸ESTEBAN DE LA ROSA, F., "El Derecho de sufragio de los extranjeros en España", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, Núm. 1, 1998, pag. 136.

⁴⁴⁹Artículo 13:

3. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales.

el derecho a participar en las elecciones municipales españolas⁴⁵⁰, siempre y cuando existan Convenios con ciertos países o se apruebe una Ley en ese sentido. A diferencia de la redacción de la Ley de Extranjería de 1985, la LO 4/2000, se refiere al derecho de sufragio, que comprende no sólo el derecho a participar en los procesos electorales locales como votante (sufragio activo), sino también como elegible (sufragio pasivo). El nuevo texto se adapta así, a las posibilidades de reconocimiento de derechos que quedaron habilitadas tras la reforma del art. 13.2 CE⁴⁵¹.

Si bien es cierto que el objetivo de la reforma constitucional fue que España pudiese ratificar el Tratado de Maastricht, y se pretendía, sólo y exclusivamente, permitir el reconocimiento de derechos políticos a los ciudadanos de otros Estados miembros de la UE, la reforma operada también habría abierto la posibilidad de reconocer derechos de sufragio pasivo en las elecciones municipales a nacionales de Estados no comunitarios, posibilidad que ahora aparece contenida en el texto del art. 6.1 de la Ley de Extranjería.

De acuerdo con lo establecido en el art. 13.2 CE, y con la doctrina establecida por la sentencia del TC⁴⁵², el derecho de sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales sólo pertenece a los extranjeros de acuerdo con lo dispuesto por los tratados o por las leyes que reconozcan ese derecho, en ese sentido es importante recalcar que dicho precepto constitucional contiene el principio de reciprocidad, vale decir que para que un extranjero residente en España tenga los derechos a la participación política contenidos en el artículo 23CE, su país de origen debe haber suscrito con España un Tratado o Convenio en el cual se les otorga a los españoles residentes en dicho Estado los mismos derechos políticos. En ese sentido, la reciprocidad se convierte en una categoría de gran importancia en materia de extranjería⁴⁵³.

Según LASAGABASTER⁴⁵⁴, el reconocimiento del derecho al sufragio activo y pasivo en base a la reciprocidad, resulta en muchos casos irrealizable, dado que según el

⁴⁵⁰ Artículo 6 Participación pública

1. Los extranjeros residentes en España podrán ser titulares del derecho de sufragio, en las elecciones municipales, en los términos establecidos en la Constitución, en los tratados internacionales, en su caso, y en la Ley.

⁴⁵¹ Reforma constitucional que tuvo lugar el 27 de agosto de 1992. BOE 28 de agosto.

⁴⁵² STC, 107/1984, de 23 de noviembre, Sala 2ª.

⁴⁵³ LASAGABASTER HERRARTE, I., “Reciprocidad y derechos fundamentales...”, cit., pág. 61.

⁴⁵⁴ LASAGABASTER HERRARTE, I., “Reciprocidad y derechos fundamentales...”, cit., pág. 62.

autor para que se pudiera otorgar ese derecho a los extranjeros residentes en España, que en su mayoría provienen de países africanos y latinoamericanos, la diplomacia española debería hacer un gran esfuerzo por suscribir convenios con cada uno de ellos, algo que no sería del todo práctico. De igual forma, en muchos países africanos las elecciones locales no existen, o en su defecto, poseen otra estructura de difícil homologación en el sistema europeo.

Por otro lado, de acuerdo con la Constitución y con la LO 4/2000, también es posible el reconocimiento del derecho de sufragio a los extranjeros por vía legal, esto es, mediante la elaboración de una ley en la cual el Estado, de forma unilateral, reconozca el derecho y establezca las condiciones para su ejercicio; sin embargo debemos señalar que en la actualidad no se ha promulgado ninguna ley en esos términos, ni tampoco existe Convenio Bilateral o Multilateral en el cual se reconozca el derecho al sufragio activo y pasivo en las elecciones locales a algún colectivo de extranjeros, por lo que en España sólo los nacionales de la UE poseen dicho derecho.

Por su parte el art. 6.2 de la LO 4/2000, introduce la posibilidad de que los extranjeros sean oídos por el Pleno del Ayuntamiento respecto a asuntos que les afecten, el tenor de la norma es similar al del art. 18.1 de la Ley de Bases del Régimen Local, que reconoce a los vecinos el derecho a participar en la gestión municipal, si bien remite la determinación de las formas, medios y procedimientos para articular esta participación a la potestad de autoorganización de cada Corporación Local⁴⁵⁵.

En cualquier caso, el derecho de los extranjeros a ser oídos respecto de los asuntos que les afecten no podrá menoscabar la potestad de dirección de los órganos de gobierno de estas administraciones públicas, que ostentan una legitimación democrática directa⁴⁵⁶, el art. 228.1 del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Corporaciones Locales⁴⁵⁷, establece el cauce idóneo para dicha intervención de los extranjeros al disponer que “*cuando alguna de las asociaciones o entidades a que se refiere el art. 72 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, desee efectuar una exposición ante el Pleno en relación con algún punto del orden del día en cuya previa*

⁴⁵⁵ RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, *Los derechos políticos de los extranjeros*, Madrid, Civitas, 1997, pág. 43.

⁴⁵⁶ Art. 69.2 de la Ley de Bases del Régimen Local.

⁴⁵⁷ Aprobado por RD 2568/1986, de 28 de 27 noviembre.

tramitación administrativa hubiese intervenido como interesado, deberá solicitarlo al Alcalde antes de comenzar la sesión. Con la autorización de éste y a través de un único representante, podrá exponer su parecer durante el tiempo que señale el Alcalde, con anterioridad a la lectura, debate y votación de la propuesta incluida en el orden del día”.

Por otro lado debemos aclarar que en el caso existiera un Convenio o Tratado, o en su defecto una Ley, que otorgue a los extranjeros de un determinado país el derecho a votar en las elecciones locales en España, dicho derecho sólo podría ser ejercitado cuando el titular del mismo esté inscrito en el Censo Electoral o lista de votantes. Para la elaboración del Censo, el legislador ha de procurar que queden incluidas en dicha lista sólo y exclusivamente las personas a las que se reconoce el derecho de voto⁴⁵⁸. En ese sentido el artículo 6.3 de la Lo 4/2000 ha previsto que: *“los Ayuntamientos incorporarán al padrón a los extranjeros que tengan su domicilio habitual en el municipio y mantendrán actualizada la información relativa a los mismos”*, igualmente, el artículo 6.4 de la Ley de Extranjería contempla que los poderes públicos, procurarán otorgar las facilidades a los extranjeros residentes para participar en las elecciones de su país de origen, pudiendo de esa manera, dichos extranjeros participar activamente también de la vida política de su país de origen desde territorio español.

Como es de verse, el derecho al sufragio es un derecho de configuración legal al que podrían acceder los extranjeros residentes provenientes de países con los cuales España en un futuro pueda establecer Convenios Internacionales o en su defecto ser beneficiados por alguna Ley, lo cual en la actualidad no se ha producido, sin embargo de darse este beneficio, sólo sería aplicable al ámbito electoral municipal, no pudiendo participar en las elecciones autonómicas, ni estatales.

⁴⁵⁸ MASSÓ GARROTE, M. F., *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado Nacional. Los derechos de participación política y el derecho de acceso a funciones públicas*, Colex, Madrid, 1997, pág. 32.

CAPÍTULO II

I) EL DERECHO A LA LIBERTAD

El derecho a la libertad en sentido amplio es un derecho fundamental de la persona humana que conjuntamente con el derecho a la vida y a la integridad física, constituyen los bienes jurídicos más importantes de los seres humanos. Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, constituye un derecho fundamental en una sociedad democrática⁴⁵⁹. Asimismo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 1.1. CE y a lo determinado por el Tribunal Constitucional⁴⁶⁰, constituye uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, junto a la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

La libertad es un aspecto esencial de la persona, un valor trascendente que conjuntamente con la dignidad humana, determinan en gran medida el goce de los derechos fundamentales. Según el máximo intérprete de la Constitución⁴⁶¹, constituye un valor superior del ordenamiento jurídico, que se concreta en un conjunto de manifestaciones a las que la norma suprema otorga la categoría de derechos fundamentales. Entre ellos podemos citar la libertad ideológica, religiosa y de culto, el derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen, la libertad de residencia y circulación, libertad informativa, entre otros.

Como es de verse, la importancia del derecho a la libertad es suprema dado que, además de ser un derecho fundamental, es un valor vinculado a la dignidad de la persona, cuya trascendencia se basa en constituir el presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales⁴⁶². Según el TC la libertad de los ciudadanos es la regla general y no la excepción⁴⁶³, así la libertad como valor, tendría por finalidad garantizar el conjunto de derechos fundamentales que de ella derivan, a pesar de que no alcanza a

⁴⁵⁹ SSTHED, Asunto *De Wilde, Ooms y Versyp c. Bélgica*, de 18 de junio de 1971, apdo. 65; Asunto *Winterwerp c. Países Bajos*, de 24 de octubre de 1979; Asunto *Assadniza c. Georgia*, de 8 de abril de 2004, apdo. 169; Asunto *Diril c. Turquía*, de 19 de octubre de 2006, apdo. 64; Asunto *Ladent c. Polonia*, de 18 de marzo de 2008, apdo. 45, pág. 134. ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Derecho a la libertad y seguridad”, cit.

⁴⁶⁰ SSTC 147/2000 de 29 de mayo, 208/2000 de 24 de julio y 209/2000 de 24 de julio, entre otras.

⁴⁶¹ SSTC 89/1987 de 3 de junio, 120/1990 de 27 de junio y 137/1990 de 19 de julio, entre otras.

⁴⁶² STC 82/2003 de 5 de mayo.

⁴⁶³ STC 147/2000, de 29 de mayo.

otorgar a dichos derechos como contenido concreto, todas y cada una de las múltiples facetas y actividades que se derivan de ella por importantes que sean para el individuo⁴⁶⁴.

1.1 El derecho a la libertad personal

El derecho a la libertad personal es uno de los derechos de más antigua data, dado que ya en la Carta Magna del Rey Juan en el año 1215, se contemplaba:

“Ningún hombre libre podrá ser detenido, ni preso....., ni perjudicado en cualquier otra forma, ni procederemos, ni ordenaremos proceder contra él, sino en virtud de un juicio legal por sus pares o por la ley del país”⁴⁶⁵.

Asimismo como consecuencia de la Revolución Francesa, se plasmó tal derecho en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 26 de agosto de 1789, contemplándose en su artículo 7:

“Ningún hombre puede ser acusado, arrestado o detenido, como no sea en los casos determinados por la ley y con arreglo a las formas que ésta ha prescrito. Quienes soliciten, cursen, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias deberán ser castigados; pero todo ciudadano convocado o aprehendido en virtud de la ley debe obedecer de inmediato; es culpable si opone resistencia⁴⁶⁶.”

De igual forma los principales Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos han recogido este derecho; entre ellos podemos mencionar: el artículo 3º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el artículo 9º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y el artículo 5º de la Convención de Salvaguardia de los Derechos del Hombre y las Libertades Fundamentales, suscrita en Roma en 1950.

⁴⁶⁴ STC 89/1987, de 3 de junio.

⁴⁶⁵ VENTURA, C., “El derecho a la libertad y a la seguridad personal en la doctrina constitucional española”, *Revista Estudios Jurídicos Constitucionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, pág. 100.

⁴⁶⁶ <http://www.fmmeduacion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derechos.htm>, fecha de consulta 11/06/2016.

Debemos hacer hincapié en que inicialmente la finalidad de este derecho, era la de proteger al individuo frente a la arbitrariedad en las detenciones y prisiones en una fase anterior a la culminación de un proceso penal, mediante la respectiva sentencia judicial, la que no era objeto de cuestionamientos si provenía de un Tribunal competente, y se hubiese emitido de conformidad con el procedimiento que se hubiese establecido para ello⁴⁶⁷. Actualmente en las legislaciones más protectoras de los derechos humanos, el alcance de este derecho desborda al que inicialmente tuvieron los instrumentos normativos antes mencionados⁴⁶⁸.

Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el derecho a la libertad comprende a la libertad individual en sentido clásico, vale decir la libertad física de la persona, no refiriéndose con su alusión a otras libertades que forman parte del CEDH⁴⁶⁹. Por su parte, la Constitución Española otorga una importancia manifiesta al derecho a la libertad personal y lo asocia al de seguridad personal, tal es así que en su artículo 17.1 se establece lo siguiente:

“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y formas previstos en la ley”.

En la doctrina tenemos varias posiciones al respecto, según SORIANO el derecho a la libertad se puede conceptualizar como: *“...un derecho público subjetivo, en la medida en que pertenece a la persona por razón del “status jurídico que ésta ostenta en relación con el Estado, y porque se inscribe en una relación jurídico-pública cuyo sujeto activo y pasivo son el sujeto individual y el Estado, titular de derechos y obligaciones respecto a los individuos...”*⁴⁷⁰. En un sentido más proteccionista, MORANGE define la libertad y seguridad personal como la protección contra toda

⁴⁶⁷ VENTURA, C., El derecho a la libertad y a la seguridad personal...., cit, pág. 100.

⁴⁶⁸ VENTURA, C., El derecho a la libertad y a la seguridad personal...., cit, 2007, pág. 101.

⁴⁶⁹ ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Derecho a la libertad y seguridad”, cit., pág. 134, que a su vez hace referencia a CHARRIER, *Code de la Convention européenne...*, 2005, pág. 59 y a NOWAK, U.N. *Covenant*, 2005, pág. 212.

⁴⁷⁰ SORIANO, R., “El derecho de Habeas Corpus”, *Monografías*, núm. 6, Congreso de los Diputados, 1986, págs. 11 y 12.

forma de detención arbitraria⁴⁷¹ y por su parte MORTATI señala que el derecho a la libertad constituye “...la libertad frente a los arrestos arbitrarios”⁴⁷².

Para MARTÍNEZ⁴⁷³, el derecho a la libertad como derecho público subjetivo, forma parte de los derechos pertenecientes al *Status Libertatis*, constituido por el conjunto de derechos de autonomía de la persona situados fuera de la intervención del Estado y como tales, constituye uno de los derechos especialmente protegidos por el ordenamiento jurídico constitucional, teniendo un tratamiento privilegiado y una protección procesal especial, mediante procedimientos especiales tanto en la jurisdicción ordinaria como en la jurisdicción especial. Por su parte, GARCÍA⁴⁷⁴ opina que este precepto constituye la clave de la regulación de las libertades públicas y de la seguridad jurídica de los ciudadanos; en un intento de definición el autor señaló que: “... la libertad personal, es sin duda, una libertad de la persona física, de la persona humana en cuanto ser corporal. La libertad personal cubre exclusivamente los comportamientos corporales, materiales, que presuponen la presencia física del titular del derecho...”⁴⁷⁵.

Por su parte, RODRÍGUEZ afirma que: “libertad en general, sin perjuicio de concretarse en diversas libertades tiene mucho que ver con la específica libertad ambulatoria, porque las restantes libertades difícilmente se podrían ejercitar... sin esta premisa de la libertad locativa”⁴⁷⁶. En ese sentido, SERRANO ALBERCA define a la libertad personal como: “la posibilidad de realizar, mediante decisiones libres, los propios objetivos vitales”, considerándola como “una variable que va modificando su contenido a lo largo de la historia y que viene condicionada por el sujeto que la ejerce”⁴⁷⁷.

⁴⁷¹ GARCÍA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal*, Tirant Lo Blanch y Universitat de Valencia, Valencia, 1995, pág. 31, que a su vez hace referencia a MORANGE, J., *Droits de l’homme et libertés publiques*, Presses Universitaires de France, París, 1985, pág. 119,

⁴⁷² GARCÍA MORILLO, J., *Derecho Constitucional ...*, cit., pág. 31., que a su vez hace referencia a MORTATI, C., *Istituzioni di diritto público*, vol II, CEDAM, Padua, 1969, págs 565 y ss.

⁴⁷³ MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, cit., pág. 231.

⁴⁷⁴ GARCÍA MORILLO, J., *Derecho Constitucional ...*, cit., pág. 231.

⁴⁷⁵ GARCÍA MORILLO, J., *Derecho Constitucional ...*, cit., pág. 33.

⁴⁷⁶ RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Los derechos fundamentales y libertades públicas (1)”, en *Libertad, detención y prisión preventiva*, en XII Jornadas de estudio, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1992, pág. 410.

⁴⁷⁷ GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, 3ª Edición, Civitas, Madrid, 2001, pág.207, que a su vez hace referencia a SERRANO ALBERCA, J.M., *Estudio sobre el artículo 17 CE*, pág. 167.

En contraposición a la visión genérica del derecho a la libertad, se encuentra el derecho a la libertad como derecho individual y personal; en ese sentido autores como DIEZ PICAZO⁴⁷⁸ y MUÑOZ⁴⁷⁹, la conceptualizan como libertad deambulatoria, que comprende el derecho de abandonar el lugar donde se encuentra la persona, denominándose también libertad física o de movimiento⁴⁸⁰, los titulares de este derecho son todas las personas humanas sin distinción alguna. Dicha posición se ve confirmada a raíz de lo establecido por el TC⁴⁸¹, determinando que es sujeto de este derecho, toda persona por el mero hecho de serlo, teniendo ésta la capacidad para el goce y ejercicio de dicho derecho, no pudiendo ser titulares del mismo las personas jurídicas⁴⁸².

¿Pero cuál es el sentido del derecho a la libertad proclamado por la Constitución Española? Según el Tribunal Constitucional⁴⁸³, el derecho a la libertad, es el derecho de toda persona a no ser sometido a prisión, detención o cualquier otra coacción física en otra forma que no sea la prevista en la ley. Como es de verse, la libertad personal según nuestra Carta Magna y coincidiendo con el CEDH, es la libertad física, la libertad frente a toda detención, internamiento o condena de tipo arbitraria; con su protección se pretende preservar el "estatus libertatis de los ciudadanos frente a los poderes públicos"⁴⁸⁴. En ese sentido, el TC ha establecido que el derecho a la libertad contenido en la Constitución tiene como finalidad, orientar el accionar de las personas dentro de los límites del marco jurídico, no amparando este derecho una resistencia al cumplimiento del derecho o de las órdenes dictadas por autoridades competentes.

Debemos señalar que, como veremos más adelante, la CE otorga a la libertad y a la seguridad la categoría de derechos fundamentales íntimamente vinculados entre sí, cuyo reconocimiento se articula como protección a las perturbaciones o injerencias externas que pueden producirse mediante la privación de libertad. Según el Tribunal Constitucional⁴⁸⁵, el derecho a la libertad y a la seguridad, traen consigo la ausencia de perturbaciones arbitrarias e ilegales que restrinjan o amenacen la libertad de las

⁴⁷⁸ DIEZ PICAZO, L., *Sistema de derechos fundamentales*, cit.

⁴⁷⁹ MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El delito de detención*, Trotta, Madrid, 1992.

⁴⁸⁰ DOTÚ Y GURI, M., *Los derechos fundamentales, derecho a la libertad frente a las medidas cautelares penales*, Bosch Editor, Madrid, 2013, págs. 117-118.

⁴⁸¹ STC 64/1988 de 12 de abril., F. J. 5.

⁴⁸² STC 19/1983 de 14 de marzo, F. J. 2.

⁴⁸³ ATC 414/1984, del 9 de julio, Fundamento Jurídico único.

⁴⁸⁴ STC 2/1987, de 21 de enero, F. J. 3.

⁴⁸⁵ STC 15/1986, de 31 de enero.

personas de organizar en todo momento y lugar su vida individual y social de acuerdo a su real saber y entender. De la misma forma, su protección jurídica abarca la determinación de los supuestos en que la libertad y la seguridad personales pueden ser limitadas o suprimidas, por lo que el reconocimiento constitucional de las mismas se plasma en una serie de mecanismos tendentes a garantizarlas y que se prevén en los distintos apartados del citado artículo 17 CE.

Pero la importancia del derecho a la libertad no debe llevarnos a pensar que es un derecho absoluto que no admite limitaciones, el TC ha señalado que por tratarse de una libertad jurídica deberá verse limitado en lo imprescindible, en aquellas ocasiones en que la salvaguarda de bienes y valores constitucionales de mayor categoría lo exija⁴⁸⁶. Como es de verse, es la Constitución Española la que define las excepciones a la libertad en su artículo 17.1, que como hemos visto establece que: *“nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley”*. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha interpretado que: *“el derecho a la libertad del artículo 17.1 es el derecho de todos a no ser privado de la misma, salvo en los casos y en la forma previstos por la ley: en una Ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así limita”*⁴⁸⁷. Por lo tanto, sólo la ley puede establecer los casos y la forma en que la restricción o privación de libertad es viable.

Debemos señalar que con dicha disposición nace el concepto de reserva de ley, que implica que solo por ley se pueden establecer las limitaciones a dicho derecho fundamental; pero por la naturaleza del derecho a la libertad, no basta con la existencia de una ley que contemple una determinada situación que permita la restricción de la libertad, sino que también se requiere que dicha restricción contenga una proporcionalidad entre la restricción y el derecho, excluyéndose, aunque se encuentren previstas en la ley, las restricciones de la libertad que no sean proporcionales al derecho limitado⁴⁸⁸.

⁴⁸⁶ STC 178/1985, de 19 de diciembre.

⁴⁸⁷ SSTC 140/1986, de 11 de noviembre; 160/1986, de 16 de diciembre; 241/1994, de 20 de julio y 121/2003, de 16 de junio.

⁴⁸⁸ SSTC 140/1986, de 11 de noviembre y 160/1986, de 16 de diciembre y 82/2003 de 5 de mayo.

Por otro lado, es conveniente mencionar que el derecho a la libertad personal no es un derecho puramente de configuración legal, dado que el TC ha establecido⁴⁸⁹ que en la determinación de su desarrollo y contenido han de tomarse en consideración los principios constitucionales que probablemente no se encuentren recogidos en la ley, señalándose además que no cabe confundir la libertad con la ausencia de cualquier deber u obligación que las leyes establezcan⁴⁹⁰. De igual forma cabe aclarar que el Tribunal Constitucional también ha establecido: “.....que el derecho a la libertad no impone a los Jueces una obligación de benevolencia, ni les otorga facultades para resolver en equidad fuera del alcance de la ley, ni tampoco les obliga a conceder la remisión condicional de la condena cuando se den los requisitos previstos en el artículo 93º del Código Penal...”⁴⁹¹; en este caso particular el máximo Tribunal se abstuvo de juzgar si, en el proceso penal materia de análisis, el Juez Penal había aplicado de manera adecuada o no la norma penal, y si al recurrente le correspondía la condena condicional, por considerar que dicha función es inherente a los Tribunales, haciendo hincapié en que el derecho a la libertad no debe confundirse con una facultad de intromisión del TC en la labor jurisdiccional.

1.2 El Derecho a la seguridad personal

Como hemos visto, la Constitución Española en su artículo 17.1 utiliza conjuntamente los términos libertad y seguridad, este uso podría suscitar dudas acerca de si se trata de dos derechos complementarios o de uno solo; así como si la seguridad mencionada, se encuentra vinculada a la seguridad jurídica contemplada en el artículo 9.3 CE o al de seguridad ciudadana del artículo 104 CE. Siguiendo la doctrina constitucional, libertad y seguridad son dos aspectos del mismo derecho consagrado en el artículo 17.1, dirigido a los poderes públicos y a los particulares; respecto de los primeros para impedir que se dicten normas que generen inseguridad sobre las condiciones de ejercicio de la libertad y respecto de los particulares, para que se abstengan de restringir la libertad⁴⁹², mediante actos que pretendan limitarla o restringirla.

⁴⁸⁹ STC 158/1996, de 15 de octubre, F. J. 2.

⁴⁹⁰ ATC 497/1985, de 17 de julio, F. J. 3.

⁴⁹¹ STC 54/1986, de 7 de mayo, F. J. 2.

⁴⁹² MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, cit., pág. 228.

El derecho a la seguridad, según el TC consiste en “una ausencia de perturbaciones procedentes de medidas restrictivas de la libertad, tales como la detención o el internamiento u otras similares que arbitraria o ilegalmente restringen o amenazan la libertad de toda persona de organizar en cualquier momento y lugar, dentro del territorio nacional, su vida individual y social con arreglo a sus propias opciones y convicciones”⁴⁹³. Una lectura rápida de dicha sentencia, podría hacernos pensar que a través del concepto de seguridad se amplía notablemente el ámbito protegido por el artículo 17.1 CE, lo cual no es correcto, dado que el TC restringe las medidas que pueden ser calificadas como intervenciones a la libertad, como es el caso de la detención u otras similares⁴⁹⁴. Es importante señalar que el derecho a la seguridad contemplado en la Constitución, prohíbe la aplicación de medidas privativas o restrictivas de la libertad que no posean las garantías adecuadas⁴⁹⁵; según GALVEZ⁴⁹⁶, la libertad garantizada en el artículo 17 no se reduce a mera seguridad personal, ni ésta equivale sin más a la libertad.

El TC ha hecho hincapié en que resulta importante, distinguir el derecho a la seguridad personal del derecho a la seguridad jurídica contenido en el artículo 9.3 CE, que está relacionado con la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados⁴⁹⁷, conceptualizando a "la seguridad jurídica" como "una suma de legalidad y certeza del derecho"⁴⁹⁸, atribuyendo a la reserva de ley el carácter de mecanismo regulador de los derechos fundamentales, como único modo efectivo de garantizar las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de estos derechos y de las libertades públicas.

Asimismo el máximo intérprete de la Constitución, también distingue entre la seguridad personal y la seguridad ciudadana del artículo 104 CE, estableciendo que esta última no puede concebirse como la suma de la seguridad personal de todos los

⁴⁹³ STC 15/1986 de 31 de enero, F. J. 2.

⁴⁹⁴ CASAL HERNÁNDEZ, J., *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pág. 267.

⁴⁹⁵ DE HOYOS SANCHO, M., *La detención por delito*, Aranzadi, Pamplona, 1997, págs. 31 a 68.

⁴⁹⁶ ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentarios a la Constitución Española*, Tomo II, Aranzadi, Madrid, 1996, pág. 346, que a su vez hace referencia a GÁLVEZ MONTÉS, J., *Artículo 17 CE, Seguridad personal*, en VV.AA., *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1994, pág. 463.

⁴⁹⁷ AATC 126/1982, de 24 de marzo de 1982; y 305/1982, de 13 de octubre de 1982; SSTC 15/1986, de 31 de enero, F.J. 2; 122/1987, de 14 de julio F.J. 3; 126/1987, de 16 de julio de 1987; 100/1989, de 5 de junio y 167/1990, de 5 de noviembre.

⁴⁹⁸ SSTC 49/1999, de 5 de abril, y 169/2001, de 16 de julio, F. J. 6 .

ciudadanos, sino que consiste en la seguridad material de personas y bienes de los ciudadanos frente a ataques violentos que los pongan en peligro⁴⁹⁹.

En el ámbito europeo, debemos señalar que el artículo 5 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos también alude al término seguridad, conjuntamente con el de libertad y según CASAL⁵⁰⁰ los órganos del Convenio han empleado el término seguridad en sentidos distintos:

- El primero de ellos, como el derecho a que toda medida que sea adoptada en el ámbito del artículo 5, esté en consonancia con las exigencias formales y materiales establecidas por la ley⁵⁰¹.
- El segundo, como la prohibición de toda ley que por su falta de precisión, posibilite la realización de detenciones arbitrarias⁵⁰².
- El tercero, como un derecho que protege al individuo frente a las injerencias estatales arbitrarias en la libertad personal⁵⁰³.
- El cuarto, como una garantía frente a la amenaza de la ejecución de una detención arbitraria o injustificada⁵⁰⁴.

Como es de verse, todas estas interpretaciones del término seguridad están relacionadas con la idea de libertad física de la persona, por lo que podemos deducir que se trata de un derecho indesligable y consustancial al de libertad personal, según CASAL⁵⁰⁵, coincidiendo con DE MEYER⁵⁰⁶, cuando el CEDH alude a la seguridad, no pretende reconocer un derecho distinto al de la libertad personal, sino que la seguridad se referiría única y exclusivamente a la prohibición de ataques arbitrarios contra el derecho a la libertad; posición con la que coincidimos plenamente, por cuanto

⁴⁹⁹ STC 325/1994, de 12 de diciembre.

⁵⁰⁰ CASAL HERNANDEZ, J., *Derecho a la libertad personal y...*, cit., pág. 56.

⁵⁰¹ Decisiones de la CEDH de 11 de octubre de 1973, 5302/71 y del 17 de diciembre de 1976, 7729/76, citadas por CASAL HERNANDEZ, J., *Derecho a la libertad personal y...*, cit., pág. 56.

⁵⁰² Informe de la Comisión del 12 de octubre de 1978, pág. 31. CASAL HERNANDEZ, J., *Derecho a la libertad personal y...*, cit., pág. 56.

⁵⁰³ STEDH, de 18 de diciembre de 1986, Asunto *Bozano*, apdo. 54. CASAL HERNANDEZ, J., *Derecho a la libertad personal y...*, cit., pág. 56.

⁵⁰⁴ Decisiones de la CEDH del 7 de mayo de 1981, 8334/78 y del 13 de diciembre de 1979, 5877/72. CASAL HERNANDEZ, J., *Derecho a la libertad personal y...*, cit., pág. 56.

⁵⁰⁵ CASAL HERNANDEZ, J., *Derecho a la libertad personal y...*, 1998, cit., pág. 54.

⁵⁰⁶ ARRESE IRIONDO, N., "Derecho a la libertad y seguridad", cit., pág. 135, que a su vez hace referencia a DE MEYER, Article 5.1, en PETTITI, DECAUX E IMBERT, *La Convention Européenne*, 1999, pág. 190.

consideramos que la intención del CEDH es otorgar a la seguridad un lugar cosustancial al de la libertad, constituyendo dos aspectos de un mismo derecho.

Por su parte, el concepto de seguridad se ve ampliado cuando nos remitimos al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dado que atribuye a dicho concepto un contenido más amplio, considerándose que los Estados están obligados a preservar la seguridad de la ciudadanía de amenazas de muerte, intentos de asesinato, acoso e intimidación⁵⁰⁷. En ese sentido el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas señala que: “...Si bien en el Pacto la única referencia al derecho a la seguridad personal se encuentra en el artículo 9, nada prueba que se quisiera restringir el concepto del derecho a la seguridad únicamente a las situaciones de privación de libertad. Por otra parte, los Estados Partes se han comprometido a garantizar los derechos consagrados en el Pacto. En términos jurídicos, no es posible que los Estados descarten las amenazas conocidas contra la vida de las personas que están bajo su jurisdicción sólo porque estas personas no estén detenidas o presas. Los Estados Partes tienen la obligación de adoptar medidas razonables y adecuadas para proteger a las personas. Una interpretación del artículo 9 que permitiera a un Estado Parte ignorar una amenaza a la seguridad de personas no detenidas o presas dentro de su jurisdicción haría totalmente ineficaces las garantías del Pacto...”⁵⁰⁸.

Como resulta evidente, este instrumento internacional ha otorgado a la seguridad un rol independiente y más amplio con respecto a la libertad, lo cual resulta más apropiado y acorde con la intención de defensa de los derechos fundamentales que posee dicho instrumento internacional, lo cual como hemos podido apreciar, ha sido interpretado en términos extensivos por el Comité de la ONU.

1.3 Limitaciones al derecho a la libertad personal

⁵⁰⁷ Asunto *Delgado Páez c. Colombia*, Decisión del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 12 de julio de 1990. ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Derecho a la libertad y seguridad”, cit., pág. 135.

⁵⁰⁸ Asunto *Delgado Páez c. Colombia*, Decisión del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, de 12 de julio de 1990, Comunicación No. 195/1985 : Colombia. 23/08/90- CCPR/C/39/D/195/1985. (Jurisprudence), disponible en <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/spanish/195-1985.html>, fecha de consulta 11/10/2016.

a) Restricción y privación de libertad

El derecho a la libertad puede sufrir limitaciones de diversa índole, las cuales pueden deberse a actos que configuran restricción o privación de libertad. Como veremos más adelante, las limitaciones a la libertad van más allá de la detención y la prisión provisional cuyo hecho generador es la comisión de una falta o un hecho delictivo, puesto que en muchos casos, las situaciones restrictivas de la libertad surgen de situaciones desvinculadas de la comisión de hechos delictivos. Pero antes de ello debemos determinar las diferencias entre restricción y privación de la libertad, puesto que es necesario definir si son conceptos de igual o diferente naturaleza.

El Tribunal Constitucional⁵⁰⁹ ha calificado como restricciones de la libertad a medidas que afectan al derecho a la libertad personal, en un grado menos intenso que las medidas privativas de libertad, sin embargo en ningún caso ha determinado que se trata de medidas de diferente naturaleza, sino que la diferencia básica radica en su intensidad y es en ese sentido que se pronuncia también la doctrina⁵¹⁰.

Para GARCÍA⁵¹¹, si los términos limitación y restricción de la libertad tuvieran una naturaleza diferente, debería aceptarse la tesis de que la Constitución solo protege la privación de libertad que puede darse mediante la detención o prisión; en ese caso se debería admitir que existen situaciones de restricción de la libertad previstas en la ley, que no gozarían de protección constitucional al no constituir ni detención ni prisión. En el caso contrario, de admitirse que privación y restricción de la libertad son en esencia de la misma naturaleza, sí cabría aceptar que las demás formas de limitación de la libertad tendrían protección constitucional. De igual forma para CASAL⁵¹², en el derecho español no resulta apropiado utilizar la distinción entre ambos conceptos, debido a que carece de asidero en la CE, pudiendo prestarse a confusiones y porque carece de utilidad práctica; para el autor todas las situaciones de limitación de libertad,

⁵⁰⁹ SSTC 178/1985 de 19 de diciembre; 22/1988 de 18 de febrero; 341/1993 de 18 de noviembre.

⁵¹⁰ FREIXES SAN JUAN, T., "Reflexiones sobre la interpretación constitucional del derecho a la libertad personal", *Revista vasca de Administración Pública*, 35, 1993, pág. 95; BANACLOCHE PALAO, J., *La libertad personal y sus limitaciones*, Mc Graw Hill, Madrid, 1996, pág. 141; CASAL HERNÁNDEZ, J., *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1998, pág. 256; entre otros.

⁵¹¹ GARCÍA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal*, cit., pág. 93.

⁵¹² CASAL HERNÁNDEZ, J., *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales*, cit., pág. 256.

deben ser consideradas privación de libertad, debiendo dejarse de lado el concepto de restricciones de la libertad.

En ese sentido, como veremos más adelante, tanto el CEDH, el TEDH en su jurisprudencia⁵¹³ y el Tribunal Constitucional⁵¹⁴, han determinado que existen innumerables formas de limitación de la libertad que gozan de protección jurídica. Dicha interpretación trae consigo la concepción de que, las diferencias entre restricción y privación de la libertad son solo de grado o intensidad y no de naturaleza o esencia⁵¹⁵. Sin embargo, no podemos dejar de señalar que para el TEDH, las meras restricciones a la libertad de circulación no se encuentran protegidas por el paraguas del artículo 5 CEDH; en diversos pronunciamientos se ha determinado que situaciones como el sometimiento de una persona a un régimen de supervisión especial, que implicaba la prohibición de salir del domicilio antes de las 7:00 am y después de las 9:00 pm⁵¹⁶, o la imposición de un toque de queda durante la noche⁵¹⁷, no constituían privación de libertad y por lo tanto no eran pasibles de protección del precepto europeo.

Al respecto, el TEDH en el asunto *Guzzardi*, ha establecido que: “*el proceso de calificación en las categorías de restricción o privación no es, frecuentemente, fácil, y en casos fronterizos se convierte en pura cuestión de opinión*”. De igual forma en el asunto *Ashingdane*, añade que para saber si nos encontramos ante una privación de libertad, y no una mera restricción: “*hay que partir de la situación concreta del interesado, y tener en cuenta un conjunto de criterios, como el género, la naturaleza, los efectos y las modalidades de ejecución de las medidas*”. Por otro lado determinó en el asunto *Engel y otros* que la diferencia entre ambos es puramente casuística, dado que: “*para establecer si uno ha sido privado de su libertad hay que partir de la situación concreta*”. Para GARCÍA⁵¹⁸ las diferencias son irrelevantes, dado que en ambos casos

⁵¹³ SSTEDH, Asunto *Guzzardi c Italia*, de 6 de noviembre de 1980, y Asunto *Ashingdane*, de 28 de mayo de 1985.

⁵¹⁴ SSTC 140/1986, de 11 de noviembre; 160/1986, de 16 de diciembre; 147/1988, de 14 de julio y 130/1996, de 9 de julio.

⁵¹⁵ SSTEDH, Asunto *Guzzardi c Italia*, de 6 de noviembre de 1980; Asunto *Ashingdane*, Sentencia de 28 de mayo de 1985.

⁵¹⁶ STEDH, de 22 de febrero de 1984, Asunto *Raimondo c. Italia*. CASAL HERNÁNDEZ, J., *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales*, cit., 1998, pág. 39.

⁵¹⁷ STEDH, de 10 de julio de 1976, Asunto *Chipre c. Turquía*. CASAL HERNÁNDEZ, J., *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales*, cit., 1998, pág. 40.

⁵¹⁸ GARCÍA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal*, Universitat de Valencia, Valencia, 1995, pág. 17.

gozarán de la protección de los preceptos contenidos en los artículos 5.1 CEDH y 17.1 CE.

b) Alcances del derecho a la libertad personal

Como hemos visto, el artículo 17 CE recoge expresamente dos posibles limitaciones del derecho a la libertad personal: la detención preventiva por razón de delito y la prisión provisional. Pero éstas no son las únicas formas de privación de libertad constitucionalmente admisibles dado que, por ejemplo, el artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos recoge diversos casos de privación de libertad distintos de la detención⁵¹⁹, formando parte también dicho cuerpo normativo del derecho español en virtud de lo establecido en el artículo 10.2 CE. De igual forma, no debemos dejar de mencionar que adicionalmente a las limitaciones a la libertad establecidas en el artículo 17 CE, que podríamos denominar como pre-judiciales, el Constituyente también ha previsto como límite al derecho a la libertad la prisión y las medidas de seguridad establecidas en un proceso penal mediante sentencia firme⁵²⁰.

Según GARCÍA⁵²¹, en un primer momento el TC con la STC 96/1986 de 10 de julio, sostuvo que la única forma de privación o restricción de la libertad era la detención, sin embargo en la práctica existe una amplia gama de situaciones de

⁵¹⁹ *Artículo 5 Derecho a la libertad y a la seguridad*

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley:

- a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente.
- b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la Ley.
- c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido.
- d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación, o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente.
- e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.
- f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

⁵²⁰ Artículo 25 de la Constitución española.

⁵²¹ GARCÍA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal*, cit., pág 95.

privación de libertad diferentes a la detención, como es el caso de los controles de alcoholemia, los “cacheos policiales”, el arresto del quebrado, etc.

En ese sentido DOTÚ I GURI⁵²², sostiene que las perturbaciones al derecho deambulatorio se clasifican en:

- Injerencias de carácter mínimo, entre las que tenemos la retención para efectos de identificación, los controles de alcoholemia, la citación judicial del imputado y la retención al individuo en un aeropuerto a fin de verificar si porta estupefacientes.
- Injerencias de carácter medio, entre las que destacan la libertad provisional y sus consecuentes obligaciones (presentación apud acta, las órdenes de alejamiento y la prestación de fianza), así como el arresto domiciliario.
- Injerencias leves, entre las que destacamos la prisión preventiva, la prohibición de residencia, las penas de prisión o medidas de internamiento en centro psiquiátrico.

Según VENTURA⁵²³, dos cuestiones fundamentales suscitan la delimitación del alcance de los derechos a la libertad y seguridad personal; la primera de ellas consiste en determinar si solo protegen a sus titulares contra las privaciones de libertad ajenas, o si también les abarca aquellas privaciones de libertad derivadas de una sentencia judicial; la segunda consiste en determinar si los derechos solo abarcan a problemas derivados de la comisión de un delito, o si abarcan otras privaciones de libertad no vinculadas con hechos perseguibles penalmente.

Con respecto a la primera cuestión, debemos señalar que el Tribunal Constitucional⁵²⁴ establece una interpretación amplia del derecho a la libertad, estableciendo que el artículo 17.1 no limita su alcance a situaciones anteriores o posteriores a la condena penal, sino que la protección alcanza tanto a las detenciones preventivas y a las situaciones de prisión provisional anteriores a la sentencia, como también a la privación de libertad consecuencia de la sentencia penal y a la forma en la

⁵²² DOTÚ Y GURI, M., *Los derechos fundamentales...*, cit., pág. 131-146.

⁵²³ VENTURA, C., “El derecho a la libertad y a la seguridad personal...”, cit, 2007, pág. 104.

⁵²⁴ SSTC 140/1986, de 11 de noviembre; 160/1986, de 16 de diciembre; 147/1988, de 14 de julio y 130/1996, de 9 de julio.

que tal privación se ejecuta. Como es de verse, el TC considera que el derecho a la libertad personal abarca inclusive cuando exista sentencia judicial, siempre y cuando no se haya llevado a cabo siguiendo el procedimiento establecido en la ley o, cuando siendo ésta arreglada a derecho, su ejecución incumple lo establecido en la ley. Tal puede ser el caso de la ejecución de una sentencia penal con inobservancia de las normas de la LECRIM, en lo referente a la obtención de beneficios penitenciarios como la libertad condicional.

En lo referente a la segunda cuestión, es importante señalar que el TC ha determinado que su ámbito de protección se extiende a cualquier circunstancia en la que se produzca una restricción de libertad; así lo establece en su STC 178/1985, de 19 de diciembre F.J. 3. Según el alto Tribunal, la restricción de la libertad es un concepto genérico del que la detención y la prisión derivada de la comisión de un hecho punible, son solo algunas de dichas situaciones; a lo largo de los años el TC ha ido definiendo situaciones de aplicación del derecho a la libertad que escapan al ámbito penal, las cuales describiremos a continuación.

c) Restricciones extrapenales del derecho a la libertad

Como mencionamos anteriormente, los supuestos de restricción al derecho a la libertad son de diversa naturaleza y no solo se derivan de la comisión de hechos delictivos. A fin de abundar en las limitaciones al derecho a la libertad, resulta necesario precisar las situaciones restrictivas de este derecho distintas a la detención y a la prisión provisional.

En ese sentido, debemos señalar que en la práctica de la labor de policía o de seguridad ciudadana existen algunas intromisiones en la esfera de la libertad personal, como es el caso de la retención policial para efectos de seguridad, los controles de seguridad, las intervenciones para controles de alcoholemia, el registro y la intervención corporal, etc.; estas prácticas consisten en la privación o restricción de la libertad de un individuo, con la finalidad de proceder a su identificación o para investigar la comisión de algún acto delictivo, situación que puede extenderse durante varias horas, este sometimiento a las normas de policía no resulta ilegal ni ilegítimo.

Asimismo, dentro de estas situaciones limitativas de la libertad de índole extrapenal, tenemos la detención e internamiento de extranjeros derivada de un procedimiento sancionador en materia de extranjería; por dicha razón consideramos que resulta importante describir someramente este tipo de situaciones. A continuación procederemos a mencionar las más significativas.

c.1) El arresto del quebrado

Consiste en el arresto de una persona que ha devenido en insolvente, la necesidad de que el quebrado esté personalmente disponible para cuando el proceso de quiebra demanda, y por el tiempo indispensable, es una causa legítima para limitar su libertad. Actualmente viene regulada en la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, Concursal, la cual modificó la anterior normativa, que permitía arresto penitenciario del quebrado en determinadas circunstancias.

Esta figura se encontraba regulada en el artículo 1044.2 del Código de Comercio de 30 de mayo de 1829 y en los artículos 1335, 1336 y 1340 de la LEC de 1881, que establecían tres situaciones. En primer lugar, siempre era precisa la prestación de fianza, lo que implicaba que si se abonaba la fianza, el arresto era domiciliario y si no se cumplía con el pago, el confinamiento era en una cárcel. En segundo lugar, la cantidad y calidad de la fianza, las obligaciones del fiador y el modo de hacer efectiva la fianza se regulaban por remisión a la LECRIM. En tercer lugar, la llamada soltura del quebrado, o la concesión de salvoconducto (puesta en libertad), estaba condicionada a que el comisario diera cuenta al Juez de la conclusión de la diligencia de ocupación y examen de los libros y documentos del quebrado.

El Tribunal Constitucional en la STC 178/1985 analizó y realizó una interpretación de los preceptos, de la posible inconstitucionalidad de los artículos 1335 y ss de la LEC de 1881 y del artículo 1044 del Código de Comercio de 1829, en dicha sentencia no se declaran inconstitucionales los preceptos analizados, pero se fijan las pautas concretas para su interpretación y aplicación. El TC considera al arresto del quebrado como una causa de limitación de libertad, pero afirma que debe ser

proporcionada al fin que la haya justificado⁵²⁵, en ese sentido ha afirmado que, cuando el arresto se convierte en carcelario, subordinado a la disponibilidad económica de una fianza, excede esa proporcionalidad entre el objetivo y la medida que ha adoptado. Sin embargo, considera acertada desde el punto de vista constitucional, la restricción de libertad que supone el arresto del quebrado en su propio domicilio, decretado de manera motivada por el Juez civil y por el tiempo necesario para asegurar la finalidad de la quiebra.

Por otro lado, debemos señalar que el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su artículo 5.1.b) establece que puede autorizarse la privación de libertad *"por desobediencia de una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley"*, por lo que, con base en tal norma, se podrían regular otros supuestos de privación de libertad para garantizar el cumplimiento de obligaciones, ya sea por desobediencia a un mandato judicial o en su defecto por incumplimiento de una carga procesal.

Asimismo el TC en otra sentencia⁵²⁶, ha determinado que una privación de libertad que tuviera como fundamento la comprobación de la insolvencia del quebrado, vulneraría el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que establece : *"Nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir obligación contractual"*. En ese sentido, el arresto carcelario derivado de las acciones tendientes a verificar la insolvencia, son contrarias al artículo 17.1CE, interpretado a la luz del derecho internacional. Sin embargo, no es contrario a dicho precepto la restricción de libertad derivada del arresto de la persona en su domicilio, por el tiempo necesario para asegurar la finalidad del proceso de quiebra o como consecuencia de su permanente actitud de obstrucción al desarrollo del proceso.

En cumplimiento de la interpretación del TC, la vigente Ley Orgánica de Reforma Concursal - LO 8/2003- sigue el criterio de que el quebrado, mantiene en su integridad los derechos fundamentales de la persona regulados en los artículos 15 y siguientes de la CE. La ley Concursal establece un deber de residencia del deudor en la población de su domicilio sin poder desplazarse ni salir de ella, dicha figura jurídica es

⁵²⁵ STC 178/1985, de 19 de diciembre, F. J. 3.

⁵²⁶ ATC 370/1986, de 23 de abril, F. J. 1.

similar al *Contempt of Court* del derecho anglosajón, destinada a asegurar la efectividad de la sentencia y al *Eintswelige Verfusungen*, en el derecho alemán, que sirve para garantizar el cumplimiento de cargas procesales, tales como la obligación del deudor de manifestar sus bienes a la autoridad judicial, que se castiga en caso de incumplimiento con arresto de hasta seis meses⁵²⁷. Asimismo, en la LO 8/2003 se regula el arresto con un carácter subsidiario y únicamente en los supuestos legalmente tasados, la cual está sujeta a los siguientes presupuestos:

1. Que el deudor no cumpla con el deber de residencia;
2. Que existan razones fundadas para temer que pudiera incumplir el deber de residencia. Ello supone que, en ningún caso, será posible un arresto carcelario, ni la exigencia de ningún tipo de fianza para eludir el arresto. Este arresto siempre será domiciliario y subsidiario para el caso de incumplimiento o de temor fundado de incumplimiento del deber de residencia .

En ese sentido, debemos señalar que no resulta necesario adoptar garantías complementarias para asegurar el cumplimiento del deber de residencia, dado que en la norma se establece que si se incumple ese deber, o existen razones fundadas para temer que pudiera incumplirse, se acordará el arresto domiciliario. En este sentido, el auto fijando el deber de residencia, habrá de incluir un requerimiento al deudor de que si lo incumple podrá ser puesto en arresto domiciliario⁵²⁸.

c.2) Internamiento en establecimiento psiquiátrico

Nos encontramos ante el caso de privación de libertad de una persona con problemas psiquiátricos, la misma que por tal motivo puede ser internada en un centro especializado. El Tribunal Constitucional ha abordado en sus pronunciamientos dos tipos de supuestos: el primero el internamiento previsto para determinados casos por el Código Penal y el internamiento conforme a derecho de un enajenado mental. Con respecto al primero, el TC ha constatado que la privación de libertad que implica el

⁵²⁷ MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, cit , pág. 242.

⁵²⁸ CARRERAS MARAÑA, J., “Efectos del concurso sobre los derechos fundamentales del concursado. Análisis del art. 1 de la LO 812003, de 9 de julio”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 54-2004, CGPJ, 2004, pág. 277.

internamiento judicial en un establecimiento psiquiátrico, es constitucionalmente legítima cuando se haga en los casos y en la forma prevista por la ley, en este caso, por el artículo 101 del Código Penal y el artículo 781 de la LECRIM⁵²⁹, quiere decir que se produce cuando el procesado por un hecho delictivo, adolece de una enfermedad mental que impide que se le imponga una pena privativa de libertad, aplicándose en ese caso la medida de seguridad de internamiento en un centro médico psiquiátrico.

En lo que se refiere al segundo supuesto, debemos señalar que se encuentra regulado por el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁵³⁰, el que se produce cuando no existiendo comisión de hecho delictivo alguno, la persona presenta una enfermedad mental que ponga en riesgo su seguridad y la de otras personas, en este sentido el TC⁵³¹ ha admitido que, dentro de los casos y formas legalmente previstas que habilitan para privar de libertad a una persona, ha de considerarse incluida la detención regular de un enajenado, a la que se refiere expresamente el artículo 5.1 e), del Convenio de Roma de 1950⁵³². Al respecto, debemos señalar que el TC ha declarado inconstitucional pero no nulo el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, considerando que la restricción contenida en dicho precepto, al constituir una situación de restricción de un derecho fundamental como es el derecho a la libertad, debe ser regulada por Ley Orgánica. Añade que, con la regulación dada por el artículo 763 LEC, se vulnera lo establecido en el artículo 17.1 y el 81.1 de la Constitución Española.

Conviene advertir que ambos supuestos de privación de libertad de enfermos mentales, deben respetar las garantías que la protección del derecho fundamental a la libertad exige, interpretadas de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales

⁵²⁹ STC 16/1981, de 18 de mayo, F.J. 10.

⁵³⁰ El artículo 763 LEC establece "*El internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.*

La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal.

⁵³¹ STC 104/1990 de 4 de junio F. J. 2.

⁵³² *Artículo 5 Derecho a la libertad y a la seguridad*

1 Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley:

(...e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo.

en la materia ratificados por España, como exige el artículo 10.2 CE, así como el Convenio de Roma. Al respecto es preciso recordar que, salvo en caso de urgencia, la legalidad o “regularidad” del internamiento de un enajenado previsto en el artículo 5.1 e) del CEDH, ha de cumplir unas condiciones mínimas que a juicio del TEDH⁵³³, se orientan a garantizar que el internamiento no resulte arbitrario y responda a la finalidad objetiva para el que fue previsto, es decir, evitar que persista el estado de peligrosidad social inherente a la enajenación mental apreciada.

Según el TEDH⁵³⁴, en estos supuestos, la privación de libertad no solo abarca el confinamiento en un lugar determinado, sino también que la persona detenida no haya manifestado su consentimiento para ser confinada. Asimismo, las detenciones de las personas con enajenación mental para que sean consideradas “legales”, deben realizarse siguiendo el procedimiento establecido por la ley interna de cada país⁵³⁵, estableciendo que dichos procedimientos tienen como finalidad proteger a las personas frente a la arbitrariedad⁵³⁶, debiendo asegurarse que la norma nacional cumpla con el principio de seguridad jurídica, de tal forma que las condiciones que justifiquen la privación deben estar claramente precisadas, y su aplicación ser previsible, permitiendo al particular, hasta cierto grado, conocer las consecuencias jurídicas de una acción determinada⁵³⁷.

En el ámbito español, la regularidad de esta privación de libertad depende de la existencia de una decisión judicial que autorice el internamiento, dicha previsión legal se encuentra regulada, en el primer caso en el artículo 101 del Código Penal y en el segundo, en el artículo 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que sustituyó al artículo 211 del Código Civil, norma que, a pesar de la declaración de inconstitucionalidad por parte del TC, sigue plenamente vigente porque no ha sido declarada su nulidad.

⁵³³ STDEH del 24 de octubre de 1979, Asunto *Winterwerp*.

⁵³⁴ SSTEDH, Asunto *H.M. c. Suiza*, Sentencia de 26 de febrero de 2002, apdo. 46; Asunto *Storck c. Alemania*, Sentencia de 16 de junio de 2005, apdo. 74. ARRESE IRIONDO, “Derecho a la libertad y seguridad”, cit., pág. 138.

⁵³⁵ SSTEDH, Asunto *Winterwerp c. Países Bajos*, Sentencia de 24 de octubre de 1979, apdo. 45; Asunto *X. c. Reino Unido*, Sentencia de 5 de noviembre de 1981, apdo. 42; Asunto *Luberti c. Italia*, Sentencia de 23 de febrero de 1984, apdo. 26; Asunto *Van der Leer c. Países Bajos*, Sentencia de 21 de febrero de 1990, apdo. 22; Asunto *Wassink c. Países Bajos*, Sentencia de 27 de setiembre de 1990, apdo. 24; Asunto *Herczegfalvy c. Austria*, Sentencia de 24 de setiembre de 1992, apdo. 63; Asunto *Tám c. Eslovaquia*, Sentencia de 22 de junio de 2004, apdo. 57 y Asunto *Storck c. Alemania*, Sentencia de 16 de junio de 2005, apdos. 110-111. ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Derecho a la libertad y seguridad”, cit. 2015, pág. 138.

⁵³⁶ STEDH, *H.L. c. Reino Unido*, Sentencia de 5 de octubre de 2004, apdos. 120-121 y 124. ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Derecho a la libertad y seguridad”, cit., pág. 139.

⁵³⁷ STEDH, 9 de enero de 2001, Asunto *Kawka c. Polonia*.

De conformidad con la citada jurisprudencia del TEDH, el Tribunal Constitucional⁵³⁸ ha establecido que para privar al enajenado de su libertad, debe establecerse judicialmente que el afectado padece una perturbación mental real, comprobada médicamente de forma objetiva y que esa perturbación presenta un carácter o magnitud tal que justifique el internamiento, dado que dicha persona no podría vivir en sociedad libremente. Como es de verse, según el TC la exigencia de autorización judicial para el internamiento de un enajenado mental, es una consecuencia del reconocimiento constitucional del derecho a la libertad, en cuya salvaguarda resulta obligatorio que, si cesa el estado de peligrosidad o se produce la curación del interno, se revoque inmediatamente la orden de internamiento. Este control corresponde al Tribunal Penal a través de controles sucesivos, en los que se debe comprobar la concurrencia o no de los presupuestos que determinaron el internamiento; pero debemos precisar que el Tribunal Penal no se halla subordinado a los informes médicos favorables, por lo que puede determinar que continúe el internamiento, sin embargo el TC⁵³⁹ sostiene que si el Tribunal estima la continuación del internamiento, esta decisión deberá ser motivada y basarse en una prueba objetiva.

c.3) Arresto domiciliario o localización permanente

Entre otra de las formas de privación de libertad tenemos el arresto domiciliario, que consiste en la restricción de la libertad deambulatoria, que confina al sujeto pasivo de la medida a no salir de su domicilio, sino con orden de la autoridad respectiva. El Código Penal español, establece como una de las clases de penas privativas de libertad que el Juez puede imponer en su sentencia, la pena de localización permanente o arresto domiciliario (que era como antiguamente se denominaba). Esta pena está incluida dentro de las penas de privación de libertad, puesto que el condenado va a tener restringida su libertad de movimiento, al tener que cumplir la misma en un lugar determinado, normalmente en su domicilio, del cual no puede salir.

⁵³⁸ STC 104/1990, de 4 de junio, F. J. 3.

⁵³⁹ STC 112/1988 de 8 de junio, F. J. 3.

El artículo 37 del Código Penal, establece que la localización permanente tendrá una duración de hasta seis meses, obligando al penado a permanecer en su domicilio o en lugar determinado fijado por el Juez en sentencia o, posteriormente en auto motivado. Si el culpable ha cometido varias veces los mismos hechos, y por tanto es reincidente, el Juez tiene la facultad de acordar que el condenado cumpla el arresto durante los días laborables de la semana en su domicilio, y los fines de semana y festivos en el centro penitenciario más próximo al domicilio del penado.

c.4) La Detención de menores

Debemos señalar que la detención de menores puede originarse por dos situaciones diferenciadas: la primera de ellas, es por la comisión de una falta o delito, cuyos parámetros están definidos en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, cuyas características no serán parte del presente estudio por formar parte del ámbito penal y en segundo lugar, tenemos a la detención de menores que no está relacionada con la comisión de faltas o delitos de índole penal, cuya base legal la podemos encontrar en el artículo 154 del Código Civil que establece:

“Artículo 154: Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1.º Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2.º Representarlos y administrar sus bienes.

Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad.”

Como es de verse, en el marco de la patria potestad, dicho precepto permite que los padres recaben el auxilio de la autoridad, por tanto, para que los padres puedan tener a sus hijos en su compañía, podrán solicitar el auxilio concreto. Es decir, resulta posible la detención de los menores huidos para reintegrarlos al domicilio de quien ejerce la patria potestad, sin embargo dicho precepto ni ningún otro, regulan de manera específica de qué forma puede llevarse a efecto dicha detención, por lo que existe un vacío normativo que debería ser subsanado a fin de delimitar las medidas para el ejercicio de esta potestad.

Otros supuestos de privación de libertad de menores se encuentran en las medidas necesarias para llevar a efecto la tutela de menores desamparados, medidas que tienen cobertura legal y están bajo la correspondiente tutela judicial a posteriori (artículos 174 y concordantes del Código Civil).

Debemos señalar a su vez que según el artículo 5.1.d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, la detención de menores sólo puede practicarse para "vigilar su educación o para hacerle comparecer ante la autoridad competente", concordando así dicho precepto internacional con la norma nacional antes comentada. Al respecto el TEDH⁵⁴⁰, ha establecido en varias sentencias que en ciertas circunstancias la prisión provisional no vulnera el artículo 5.1. d) del CEDH, ni siquiera cuando no tenga por finalidad directa ocuparse de su educación, dado que el internamiento del menor para su educación no tiene porque ejecutarse de inmediato, para lo cual se podrá requerir un periodo intermedio entre la condena del menor y su internamiento en el centro educativo (prisión provisional).

c.5) El arresto militar como sanción disciplinaria

Debemos señalar que nos referimos a las detenciones y confinamientos que se dan en el marco de las relaciones castrenses o en un contexto de estado de sitio o

⁵⁴⁰ SSTEDH, de 29 de febrero de 1988, Asunto *Bouamar c. Bélgica*, , apdo. 50; Asunto *D.G. c. Irlanda*, de 16 de mayo de 2002, apdos. 76-84. ARRESE IRIONDO, M^a. N., "Derecho a la libertad y a la seguridad", cit., pág. 146.

excepción⁵⁴¹. El artículo 117.5 CE proscribía la adopción por parte de órganos jurisdiccionales especiales de medidas privativas de la libertad, dicho precepto sólo legitima la subsistencia de la jurisdicción militar, siempre y cuando se ciña al ámbito estrictamente castrense⁵⁴² o actúe bajo los supuestos de estado de sitio, ámbito o fuero militar que desde siempre se ha configurado en atención a la materia, lugar y persona, debiendo consecuentemente, limitarse a conocer de los delitos que atenten a la disciplina castrense, cometidos dentro de los cuarteles y en actos de servicio tan solo respecto a los militares.

Esta posibilidad de privación de libertad como sanción disciplinaria por la administración militar, se encuentra contemplada en los artículos 10 y 18 de la LO 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y en la LO 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil (artículos 10, 13 y 18.2). Las sanciones disciplinarias que de forma directa afectan al derecho fundamental a la libertad ambulatoria son:

- Privación de salida de la Unidad y;
- Arresto en el domicilio, en la Unidad o en establecimiento disciplinario militar. La intervención jurisdiccional puede realizarse *a posteriori* mediante el proceso contencioso-disciplinario.

El arresto domiciliario en el ámbito castrense, es considerada por el Tribunal Constitucional⁵⁴³ como una sanción privativa de libertad, aunque se imponga en el ámbito castrense, “sin perjuicio del servicio”, y por ello a esta sanción también le alcanzan las garantías del artículo 17 de la Constitución Española. Según el TC⁵⁴⁴ el arresto domiciliario sí implica privación de libertad, haciendo hincapié en que dicho Tribunal ha establecido en anterior jurisprudencia que entre la libertad y la detención no existen zonas intermedias⁵⁴⁵, y además que el arresto domiciliario implica inequívocamente una privación de libertad susceptible de protección a través del recurso

⁵⁴¹ CRUZ VILLALÓN, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984, págs. 143 y ss.

⁵⁴² STC 75/1982, de 13 de diciembre, F. J. 6.

⁵⁴³ STC 31/1985, del 5 de marzo, F. J. 3.

⁵⁴⁴ STC 61/1995, del 29 de marzo, F. J. 4.

⁵⁴⁵ STC 98/1986, de 10 de julio F. J. 4.

de Habeas Corpus⁵⁴⁶. Por otro lado, debemos señalar que al respecto el Tribunal Supremo se ha pronunciado en forma contraria a lo establecido por el TC, señalando que los arrestos domiciliarios que se den en el ámbito castrense, no significan "privación de libertad", sino una mera "restricción" de la misma, por lo que no es aplicable el procedimiento preferente, mucho más rápido, previsto para los casos en los que se vulnera alguno de los derechos fundamentales⁵⁴⁷. El Supremo basa su doctrina en que los derechos constitucionales, entre ellos el derecho a la libertad, tienen "naturales y a veces importantes restricciones, en cuanto se proyectan sobre el ámbito castrense".

Al respecto se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁴⁸, afirmando que cada Estado tiene competencia para delimitar su régimen de disciplina militar. Una medida disciplinaria que para un civil podría constituir un acto vulneratorio de su derecho a la libertad, en el ámbito castrense no necesariamente tendría tal carácter, ello dependerá de una serie de factores como naturaleza, duración efectos y manera de ejecución de la medida. El alto Tribunal Europeo ha sostenido que tanto los arrestos simples como los agravados, no constituyen privación de libertad, sino más bien limitación a la libertad de movimientos. Los arrestos simples son aquellos que traen consigo el confinamiento del arrestado, en sus horas libres, en edificios militares sin afectar sus actividades diarias; por su parte los agravados, consisten en el arresto en un lugar específico que no puede ser abandonado para realizar actividades de ocio, ambos son de tipo disciplinario. Estos dos tipos de arrestos castrenses quedan fuera de los alcances del artículo 5 del CEDH.

Debemos señalar que en esta situación de privación de libertad, impuesta por la administración militar, está permitido el procedimiento de *Habeas Corpus* como garantía constitucional, así lo ha establecido el TC en abundante jurisprudencia⁵⁴⁹.

c.6) La detención e Internamiento de extranjeros

⁵⁴⁶ STC 31/1985, de 5 de marzo, F. J. 3.

⁵⁴⁷ STSS de 27 de setiembre de 2004; de 30 de mayo de 2000; de 6 de abril de 2001; de 16 de julio de 2001 y de 3 de diciembre de 2001.

⁵⁴⁸ ARRESE IRIONDO, M^o. N., "Derecho a la libertad y seguridad", cit., pág 126.

⁵⁴⁹ SSTC 93/1986, de 7 de julio, 106/1992, de 1 de julio; 1/1995, de 10 de enero; 113/1995, de 6 de julio; y 209/2000, de 24 de julio.

La detención e internamiento de los extranjeros, como consecuencia de un expediente administrativo de expulsión, se encuentra recogida en la Ley de Extranjería y en su Reglamento. Como veremos más adelante, en el ámbito del derecho de extranjería existen en el derecho español una serie de situaciones que determinan la detención y el internamiento de extranjeros que se encuentren en situación irregular en España, entre las que podemos mencionar: la denegación de entrada y el consecuente procedimiento de regreso, el retorno de los que teniendo prohibición de entrada ingresan a España o en su defecto de los que han intentado ingresar ilegalmente a territorio español, así como las modalidades de detención e internamiento derivadas de un expediente de expulsión, entre otras.

Debemos señalar que esta modalidad de privación de libertad, tiene su fundamento en los tratados internacionales en concreto en el artículo 5.1 f) del Convenio Europeo Derechos Humanos, que permite la detención e internamiento de extranjeros que se encuentren de manera ilegal en alguno de los Estados firmantes del Tratado⁵⁵⁰. De igual forma, no podemos dejar de mencionar la Directiva 2008/115/CE, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros, para el retorno de los nacionales de terceros países que se encuentren ilegalmente en su territorio, la cual es denominada por los sectores defensores de los derechos de los inmigrantes como la “Directiva de la Vergüenza”, dado que como hemos visto, contempla medidas coercitivas para la ejecución de las órdenes de expulsión, como es el caso de la posibilidad de internamiento de las personas extranjeras en situación ilegal por un periodo de hasta 18 meses.

Al respecto, existe abundante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que aborda una serie de aspectos y matices de la detención e internamiento de extranjeros en situación irregular, la cual analizaremos en el capítulo respectivo. Al respecto cabe mencionar que el TEDH ha sostenido que la detención en los casos de orden previa de expulsión, debe ser legal y acorde con el procedimiento descrito por la

⁵⁵⁰ *Artículo 5 Derecho a la libertad y a la seguridad*

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley:

(...)

f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición (...).

ley interna de cada Estado, estableciendo a su vez la necesidad de que dicho procedimiento sea acorde con lo establecido en el artículo 5 f) CEDH, a fin de proteger a la persona contra la arbitrariedad⁵⁵¹; señalando que en estos casos se pone en juego, no solo el derecho a la libertad como tal, sino también el derecho a la seguridad⁵⁵². Por su parte, el Tribunal Constitucional ha establecido que las detenciones impuestas en materia de extranjería están protegidas por el proceso de *Habeas Corpus*, y su lesión vulnera el derecho fundamental a la libertad del artículo 17.1 CE⁵⁵³.

El desarrollo de todas las situaciones en las que puede darse la detención y también el internamiento de extranjeros como consecuencia de su situación irregular, las analizaremos en los apartados posteriores.

c.7) Detención para efectos de identificación

Nos encontramos frente a la situación en el cual las fuerzas del orden detienen a una persona con la finalidad de lograr su identificación, en el caso en que no sea posible lograrlo en el momento de la intervención policial. En esta oportunidad, cabría el traslado de la persona a una dependencia policial a efectos de su identificación, posibilidad que contemplan los artículos 16.1 y 16.2 de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana. El artículo 16.2 de la LO 4/2015 dispone:

“Cuando no fuera posible la identificación por cualquier medio, incluida la vía telemática o telefónica, o si la persona se negase a identificarse, los agentes, para impedir la comisión de un delito o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a las dependencias policiales más próximas en las que se disponga de los medios adecuados para la práctica de esta diligencia, a los solos efectos de su identificación y por el tiempo estrictamente necesario, que en ningún caso podrá superar las seis horas”.

⁵⁵¹ ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Derecho a la libertad y a la seguridad...”, cit., pág. 148.

⁵⁵² SSTEDH, Asunto *Bozano c. Francia*, de 18 de diciembre de 1986, apdo. 54; Asunto *Dougoz c. Grecia*, de 6 de marzo de 2001, apdo. 55; Asunto *Ocalan c. Turquía*, de 12 de marzo de 2003, apdo. 86; Asunto *Singh c. República Checa*, de 25 de enero de 2005, apdo. 61; Asunto *Riad e Idiab c. Bélgica*, de 24 de enero de 2008, apdo. 78. ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Derecho a la libertad y a la seguridad...”, cit., pág. 148.

⁵⁵³ SSTC 115/1987, de 7 de julio; 86/1996, de 21 de mayo, F. J. 12; 174/1999, F. J. 6; 179/2000, de 26 de junio, F. J. 5.

La identificación va a consistir en determinar la verdadera identidad de una persona y la constatación de tal identidad con los registros policiales de personas⁵⁵⁴, así el artículo 16.2 de la LO 4/2015, exige para proceder a la detención en estas circunstancias la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1) Que la identificación no haya podido materializarse en el lugar donde se haya interceptado a la persona.
- 2) La detención sólo podrá efectuarse en dos supuestos: para impedir la comisión de un delito o falta, o para sancionar una infracción administrativa que ya se ha cometido;
- 3) El lugar al que trasladen a la persona deberá contar con los medios necesarios para la realización de las diligencias de identificación;
- 4) La detención sólo se realizará a los efectos de lograr la identificación de la persona y durará tan sólo el tiempo imprescindible para ello, con un máximo de seis horas.

Según el Tribunal Constitucional la detención para efectos de identificación debe ser entendida como una modalidad de privación de libertad⁵⁵⁵, por lo tanto al ser de tal naturaleza, le son aplicables a esta medida todas las garantías constitucionales que contempla el artículo 17 CE. El detalle de esta figura jurídica y su aplicación a la detención de extranjeros la explicaremos detalladamente en el próximo apartado.

c.8) Controles de alcoholemia

Otra forma de limitación de la libertad, la constituyen los tan frecuentes controles de alcoholemia que se producen a diario en las carreteras españolas, los que tienen por finalidad comprobar si los conductores de vehículos motorizados, conducen bajo los efectos de sustancias alcohólicas o estupefacientes.

Dicha medida ha sido materia de pronunciamientos por parte del Tribunal Constitucional⁵⁵⁶, el que ha determinado que no constituye privación de la libertad,

⁵⁵⁴ MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, cit., pág. 139.

⁵⁵⁵ STC 341/1993, de 18 de noviembre, F.J. 4.

⁵⁵⁶ STC 22/1988, de 18 de febrero.

resultando constitucional y acorde a derecho; en ese sentido estableció: “...*que no es posible equiparar la privación de libertad a que se refiere el art. 17CE con la presencia física de una persona en las dependencias policiales para la práctica de una diligencia por el tiempo estrictamente necesario para llevarla a efecto...*”. Al respecto GARCÍA⁵⁵⁷ sostiene que, a pesar de la obstinación del TC en negarlo, esta medida constituye una privación de libertad, aun cuando ésta sea de menor grado o intensidad, el máximo intérprete de la Constitución se contradice en su fallo STC 341/1993, en el que determinó que la conducción forzosa a las dependencias policiales de una persona para efectos de identificación sí constituye privación de libertad, puesto que es una situación similar a la que se produce cuando se conduce forzosamente a una persona para realizarle pruebas de alcoholemia.

Nosotros coincidimos con dicho autor, dado que resulta obvio que en ambos casos existe compulsión sobre las personas, lo que implica una privación de la libertad por un periodo breve de tiempo, el TC debió ser coherente con sus fallos al determinar los casos en los cuales existe privación de libertad. Los controles de alcoholemia pueden tener dos matices, el primero de ellos referido a la inmovilización del vehículo y el requerimiento de la autoridad policial, a fin de que el conductor se realice la prueba, situación en la cual al no resistirse solo se trataría de una restricción mínima y el segundo supuesto derivado de la resistencia del conductor a pasar la prueba, situación en la cual la policía se vea obligada a conducirlo compulsivamente a las dependencias policiales, en el cual sí existiría una situación de privación de libertad.

c.9) Otras diligencias policiales

Cuando nos referimos a otras diligencias policiales, queremos hacer alusión a una serie de diligencias que realizan habitualmente las fuerzas policiales en cumplimiento de su deber de velar por la seguridad ciudadana.

La primera diligencia es el cacheo personal, que consiste en el registro exterior de una persona sospechosa, a fin de comprobar si lleva armas, objetos punzocortantes o sustancias prohibidas, en España esta tiene su sustento legal en la LO 2/1986 de Fuerzas

⁵⁵⁷ GARCÍA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal*, cit., pág. 212.

y Cuerpos de Seguridad, que de forma genérica otorga facultades a las fuerzas policiales. Asimismo, otro precepto importante lo constituye el artículo 556 del Código Penal, que tipifica el delito de desobediencia a la autoridad, sobre el cual se ha pronunciado el Tribunal Constitucional⁵⁵⁸ que señala que el derecho a la libertad no resulta afectado por las diligencias de cacheo, pues las molestias de ellas derivadas constituyen un sometimiento legítimo a las normas de policía en general y, en concreto, a la función preventiva e indagatoria de hechos delictivos.

La segunda diligencia es el registro personal, que viene a ser como la etapa siguiente del cacheo en ciertas circunstancias; a diferencia de éste, el registro consiste en hurgar en el interior del intervenido, incluyéndose el desnudo integral, la revisión de los pliegues corporales y en algunos casos pruebas de Rayos X o similares; esta medida posee por sus características una función investigadora. Dentro de los registros corporales debemos distinguir dos clases, el primero de ellos lo constituyen las inspecciones y registros corporales que son registros con desnudo integral y en los pliegues del cuerpo del intervenido y el segundo es la intervención corporal, que implica la extracción de muestras del cuerpo del detenido o su sometimiento a pruebas diagnósticas de Rayos X o similares. Al respecto el TC en su STC 207/1996, se pronuncia afirmando que para el primer caso no se requiere autorización judicial, pero debe realizarse procurando causar el menor menoscabo posible a la intimidad de la persona y en circunstancias que justifiquen tal accionar. En el segundo caso, el TC ha determinado que se requiere autorización judicial para extraer las muestras o someter contra su voluntad al detenido a pruebas diagnósticas.

Otra diligencia que debemos mencionar son los controles de seguridad, los que implican restricciones ínfimas del derecho a la libertad, dado que no suponen más que una momentánea inmovilización o una desviación de la persona⁵⁵⁹; son restricciones que se producen habitualmente en la vida diaria y que, en algunos casos, no son provocadas por agentes de las fuerzas policiales, sino por agentes de seguridad particulares; éstas consisten en desviar el pase de las personas, controles momentáneos de identidad o de porte de armas, etc. En España estos controles poseen cobertura legal,

⁵⁵⁸ Providencia del recurso de amparo N° 2252/1990; Providencias de los recursos N° 2260/1990 y 2262/1990.

⁵⁵⁹ GARCÍA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal*, cit., pág. 214.

por una parte en la LO de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado específicamente en su artículo 11.1 c), que contempla que entre las funciones de estos cuerpos, se encuentra la de “vigilar y proteger las instalaciones y edificios públicos...”. Por otro lado, en lo referente al accionar de las fuerzas de seguridad privada, tenemos a la Ley de Seguridad Privada, que autoriza a las empresas de seguridad a vigilar y proteger establecimientos, bienes, espectáculos, etc. incluyendo entre sus funciones, la de “efectuar controles de identidad, en el acceso o interior de establecimientos determinados.

1.4 Garantías constitucionales del derecho a la libertad personal

Como hemos señalado, entre los derechos derivados o garantizados por el valor supremo “libertad” tenemos el derecho a la libertad y a la seguridad personal, contemplado en el artículo 17 CE el cual posee, a su vez, cuatro apartados destinados a brindar un paraguas constitucional a la libertad personal. Conjuntamente con las garantías de dicho precepto, no podemos dejar de mencionar el artículo 25 CE, que específicamente en su párrafo primero contempla el principio de legalidad penal (no hay delito sin ley previa) y en su párrafo tercero la prohibición a la administración civil de imponer sanciones que contengan medidas privativas de la libertad. De igual forma, resulta importante el Principio Non Bis In Idem, no contemplado expresamente en la Constitución Española, pero que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional⁵⁶⁰. De dichas garantías hablaremos en los siguientes capítulos del presente trabajo de investigación.

La libertad personal, como derecho que forma parte del sistema constitucional de derechos fundamentales, se encuentra protegida por un conjunto de figuras jurídicas constitucionales que tienen por finalidad el respeto de su contenido, éstas poseen distinta naturaleza jurídica, ya que pueden ser normativas, jurisdiccionales o institucionales, con distintos efectos, ya que con ellas se puede obtener la prestación de

⁵⁶⁰ SSTC 77/1983, de 3 de octubre; 94/1986, de 8 de julio; 177/1999, de, 11 de octubre; 152/2001, de 2 de julio; 2/2003, de 16 de enero; entre otras.

un derecho, conseguir la reposición del derecho violado o impulsar la acción protectora del sistema jurídico⁵⁶¹.

Básicamente es la Ley la que regula los presupuestos de la restricción o privación de libertad por imperativo constitucional⁵⁶², dentro de los límites impuestos por la Constitución y los Tratados Internacionales; así según el Tribunal Constitucional, la detención, junto con la prisión provisional ": ... *suponen las dos más graves intromisiones que puede ejercer el poder estatal en la esfera de libertad del individuo sin mediar todavía una sentencia judicial que la justifique, privando absolutamente de su libertad ambulatoria a la persona sometida a alguna de estas medidas...*"⁵⁶³, sin embargo, sostiene el máximo Tribunal, que el derecho a la libertad no es un derecho de pura configuración legal, pues su base primigenia se encuentra en la Constitución Española.

Entre las garantías constitucionales del derecho a la libertad podemos citar:

a) La reserva de Ley

Una de las principales consecuencias del artículo 17.1 CE, estriba en establecer una reserva de ley para regular los casos y las formas en que cabe la privación de libertad⁵⁶⁴. Según GARCÍA⁵⁶⁵ esta reserva de ley tiene un doble fundamento, por una parte, se trata de asegurar que sólo el legislador pueda establecer los casos y formas de privación de libertad, excluyendo de dicha facultad al Ejecutivo y por otra parte, la reserva de ley es consecuente con la alta valoración que la CE otorga a la libertad, lo que se traduce en que solo aquellos que ejercen directamente la representación del pueblo puedan establecer límites a su ejercicio.

⁵⁶¹ FREIXES SAN JUAN, T. y REMOTTI, J., *El derecho a la libertad personal*, PPU, Barcelona, 1993, pág. 16.

⁵⁶² GARCÍA MORILLO, J., *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos, Vol. J*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, pág. 231.

⁵⁶³ SSTC 2/1992, de 13 de enero; 241/1994, de 20 de julio; 128/1995, de 26 de julio; 157/1997, de 29 de septiembre; 47/2000, de 29 de mayo y 122/2003, de 16 de junio.

⁵⁶⁴ LÓPEZ ORTEGA, J., "La detención del indocumentado", *Poder Judicial*, N° 26, Madrid, 1992, pág. 155.

⁵⁶⁵ GARCÍA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal*, 1995, cit., pág. 53.

De conformidad con lo establecido en los artículos 17.1 y 53.1 CE, la privación de libertad sólo podrá verificarse en la forma prevista en la ley, al establecer el artículo 17.1: "*Nadie puede ser privado de su libertad sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley*", de esta forma el precepto constitucional exige la vigencia de un estricto principio de legalidad para la privación de libertad de toda persona.

Como es sabido, en el ámbito de los derechos fundamentales el legislador deberá respetar permanentemente el contenido esencial del derecho, de acuerdo lo que establece el artículo 53.1 CE que, en todo caso, es de aplicación directa⁵⁶⁶. Debemos señalar que en la legislación española la reserva de ley es una garantía reforzada, dado que se exige que la ley que tipifique las posibles causas de restricción de libertad sea orgánica, esto está establecido en el artículo 81.1 CE: "son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas". Asimismo el TC ha desarrollado jurisprudencia en ese sentido⁵⁶⁷.

Por otro lado, en lo referente a las limitaciones del derecho a la libertad distintas de la detención, como puede ser la prohibición expresa de salida del territorio nacional sin la autorización judicial, el TC⁵⁶⁸ exige la necesidad de previsión legal de la medida limitativa del derecho a la libertad personal. Según la jurisprudencia de este órgano, la reserva de ley desempeña una doble función: por una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada; y por otra, dado que los Jueces se hallan sometidos "al imperio de la ley", constituye el único modo efectivo de garantizar las exigencias de "seguridad jurídica" en el ámbito de los derechos fundamentales y libertad públicas⁵⁶⁹.

Asimismo, profundizando en el tema, debemos señalar que el máximo intérprete de la Constitución aclara que las facultades otorgadas al legislador, no suponen que el legislador esté facultado para establecer supuestos de privación de

⁵⁶⁶ PAREJO ALFONSO, L., "El contenido esencial de los derechos fundamentales en la justicia constitucional", *Revista Española de Derecho Constitucional*, num. 3, 1981, págs. 169 y ss.

⁵⁶⁷ SSTC 140/1986, de 11 de noviembre, también conocido como el caso de Control de Cambios II; 110/1991, de 20 de mayo y 142/1993, de 22 de abril.

⁵⁶⁸ STC 169/2001 de 16 de julio.

⁵⁶⁹ SSTC 49/1999, de 5 de abril y 169/2001, de 16 de julio.

libertad que no correspondan a la finalidad de proteger bienes, derechos o valores constitucionalmente reconocidos, ni tampoco que pueda establecer supuestos que, por su grado de indeterminación, creen inseguridad o incertidumbre sobre su modo de aplicación efectiva⁵⁷⁰. Al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁵⁷¹, se ha pronunciado sobre la suficiencia de la ley desde la perspectiva de la seguridad jurídica, estableciendo: *"una norma es previsible cuando está redactada con la suficiente precisión que permite al individuo regular su conducta conforme a ella y predecir las consecuencias de la misma; de modo que la ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del poder otorgado con la claridad suficiente para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad"*.

Como es de verse, el principio de reserva de ley no solo estriba en la necesidad de que exista una previsión legal de las formas y circunstancias de la pérdida de libertad, sino que dicha previsión debe ser lo suficientemente clara y precisa, a fin de que se otorgue al ciudadano una adecuada protección frente a los poderes públicos.

b) Exclusividad de la jurisdicción ordinaria

Siguiendo con la referencia a las garantías del derecho a la libertad, debemos señalar que posteriormente a la tipificación mediante Ley Orgánica de los supuestos que pueden traer consigo limitaciones o privaciones de libertad, se encuentra la determinación de quiénes tienen competencia para, en cumplimiento de dichas leyes, imponer las restricciones que correspondan. Al respecto, es necesario resaltar que la ejecución de los límites o restricciones a la libertad, corresponde exclusivamente a la jurisdicción ordinaria, tal como establece el artículo 25.3 CE:

"La administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad".

⁵⁷⁰ STC 341/1993, de 18 de noviembre.

⁵⁷¹ SSTEDH: Asunto *Malone*, de 2 de agosto de 1984; Asunto *Kruslin y Huvig*, de 24 de abril de 1990; Asunto *Valenzuela*, de 30 de julio de 1998; Asunto *Rekveny*, de 20 de mayo de 1999; Asunto *Hashman y Harrup*, de 25 de noviembre de 1999; Asunto *Amann*, de 16 de febrero de 2000; Asunto *Rotaru*, de 4 de mayo de 2000. Todas ellas recogidas en STC 169/2001, de 16 de julio, F. J. 9.

Como es de verse, salvo en casos excepcionales, como es el caso del fuero militar, solo la jurisdicción ordinaria puede dictar medidas restrictivas de la libertad, pero sin embargo en la práctica diaria dichas medidas pueden ser adoptadas sin orden judicial previa, dependiendo de las circunstancias y del tipo de medida a aplicar.

Tal es el caso de las detenciones policiales en caso de flagrancia, o de las medidas limitativas de la libertad que puedan adoptarse por la administración pública o por particulares, en ambos casos el poder judicial tiene la labor de controlar que dichas medidas no vulneren lo establecido en la Constitución y las leyes. La amplitud de restricciones y limitaciones que cabe efectuar, permiten sostener que pueden estar legitimados para adoptar medidas restrictivas de la libertad los particulares, los funcionarios, las Autoridades y el Poder Judicial, pero, en todo caso, corresponde a este último el control inmediato de dichas medidas, correspondiéndole además la facultad ordinaria en la adopción de tales medidas, actuando el resto de sujetos a prevención o por razones de urgencia⁵⁷². Sobre el artículo 25.3 CE y sus alcances, hablaremos más adelante cuando abordemos las controversias del internamiento de extranjeros.

c) Principio de proporcionalidad y razonabilidad

El control de la legislación restrictiva de la libertad personal, ha de basarse en la verificación de que la previsión legislativa tenga, en primer orden, una finalidad constitucionalmente admisible y razonable, debiendo la restricción ser congruente con dicha finalidad y, en segundo, orden dicha restricción debe ser razonable y proporcional al fin que se persigue⁵⁷³. Dado el carácter del derecho a la libertad y seguridad, las posibles restricciones pueden ser innumerables, razón por la cual el principio de proporcionalidad adquieren, con respecto a estos derechos, una especial relevancia.

En términos generales la mayoría de las restricciones tienen un fin constitucionalmente válido, entre las justificaciones más recurrentes tenemos la seguridad pública. Sin embargo, a pesar de que resultan válidas desde el punto de vista constitucional, estas restricciones no convierten en razonable de manera automática la

⁵⁷² HUERTA TOCILDO, S., “El derecho fundamental a la legalidad penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, 1993, pág. 23.

⁵⁷³ GARCÍA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal*, cit., pág. 67.

limitación del derecho⁵⁷⁴ sino que, como hemos acotado, debe ser coherente con su fin y proporcional al bien jurídico que se limita, en este caso la libertad, cuyas restricciones han de respetar el principio básico de proporcionalidad⁵⁷⁵.

La limitación impuesta por los poderes públicos a un derecho fundamental resultará proporcionada si, siendo apta y necesaria para garantizar el bien o valor constitucional en conflicto, produce las consecuencias menos perjudiciales y se encuentra en relación razonable con la importancia del interés general que se trata de salvaguardar. El análisis de la constitucionalidad de las medidas restrictivas de la libertad y el control de su admisibilidad, debe basarse en verificar su proporcionalidad, evaluándose el nivel de sacrificio que implica para el derecho a la libertad, determinando si es o no excesivo en relación con la finalidad que se persigue.

El principio de proporcionalidad se constituye en un límite al legislador y también en un criterio de aplicación de la norma, de forma tal que la Autoridad o funcionario que aplique la medida restrictiva y la autoridad judicial que la controle deben velar, porque en el caso concreto y a la vista de las circunstancias concretas, la medida adoptada sea proporcionada. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha determinado: *"El artículo 17.1 no concibe la libertad como un derecho absoluto y no susceptible de restricciones (...) la excepcionalidad de la restricción o privación exige una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esa libertad, de modo que se excluyan, aún previstas en la ley, restricciones de libertad que, no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación"*⁵⁷⁶.

La inadmisibilidad de una medida limitativa o restrictiva de la libertad y la seguridad, se basa principalmente en la falta de proporcionalidad entre la finalidad y la medida, las características de ésta y la restricción de la libertad que entraña; en este sentido el test de proporcionalidad, viene a ser el elemento determinante del juicio de constitucionalidad de las medidas restrictivas o limitativas del derecho a la libertad

⁵⁷⁴ IBIDEM, pág. 68.

⁵⁷⁵ HOYOS SANCHO, M., *La detención por delito*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pág. 70.

⁵⁷⁶ STC 178/1985, de 19 de diciembre.

personal⁵⁷⁷. Sobre este aspecto haremos una referencia más extensa en el siguiente capítulo.

Como podemos apreciar, el principio de proporcionalidad constituye la base fundamental en que se debe basar la regulación de las medidas privativas de libertad en todo Estado de Derecho, puesto que este principio es un criterio esencial para determinar el grado de admisibilidad constitucional de todas las decisiones, actos y normas⁵⁷⁸. En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha establecido que la estructura del juicio de proporcionalidad *"pasa por los criterios de adecuación de la medida, indispensabilidad de la misma y proporcionalidad en sentido estricto"*⁵⁷⁹.

d) Motivación de las resoluciones

La motivación de las resoluciones judiciales constituye el principio básico de la seguridad jurídica en nuestro sistema jurídico, éste consiste en el derecho de los administrados, en cualquier orden (llámese judicial o administrativo), a que se fundamenten adecuadamente las resoluciones que resuelven una controversia o amparan o deniegan la existencia de un derecho. Forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva contemplado en la Constitución que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva en el Art. 24, no obstante este precepto no hace ninguna referencia explícita al derecho a la motivación, por lo que se debe recurrir a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que en numerosas ocasiones ha recordado que *"la obligación de motivar [...] forma parte del derecho fundamental de los litigantes a la tutela judicial efectiva, garantizado en el Art. 24.1 CE"*⁵⁸⁰. Es oportuno evidenciar que el Tribunal Constitucional ha considerado siempre el derecho a obtener una resolución de fondo motivada en derecho, como un elemento característico de la "tutela efectiva"⁵⁸¹.

El derecho a la tutela judicial efectiva, comprende en primer término al derecho de acceso a la tutela judicial, en segundo término al derecho a conseguir una resolución fundada en derecho debidamente motivada y en tercer orden al derecho a obtener la

⁵⁷⁷ SAPAG, M., "El principio de proporcionalidad y el de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado", *Dikaion*, num.17, Universidad de la Sabana, Chía, 2008, pág. 189.

⁵⁷⁸ STC 66/1999, de 26 de abril.

⁵⁷⁹ STC 169/2001, de 16 de julio.

⁵⁸⁰ STC 36/2006 de 13 de febrero.

⁵⁸¹ SSTC 13/1981, de 22 de abril; 24/1981, de 14 de julio; 36/2006 de 13 de febrero; entre otras.

ejecución de la sentencia. Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que el derecho a la tutela judicial *"exige siempre, desde luego, y sin perjuicio de los específicos requerimientos que imponen cada una de sus distintas facetas o vertientes, que las resoluciones judiciales sean motivadas y fundadas en Derecho, sin incurrir en razonabilidad, arbitrariedad o error patente"*⁵⁸², la motivación de las resoluciones se pueden vincular, de manera más concreta, dentro de las garantías procesales recogidas en el apartado 2º del artículo 24 CE, *"derecho a un proceso con todas las garantías"*.

Debemos manifestar que existen diversos supuestos en los que se exige un deber de motivación, así sucede, por ejemplo, en los casos en que la resolución judicial decide sobre una materia conectada con otros derechos fundamentales o libertades públicas, o incide de alguna manera en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico⁵⁸³. El deber de fundamentación de estas resoluciones judiciales que limiten el derecho a la libertad, requiere la ponderación de las circunstancias individuales del privado de libertad, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión⁵⁸⁴.

El Tribunal Constitucional ha determinado que, en el caso de que se alegue la vulneración de la tutela judicial efectiva por falta de motivación de una resolución que limita la libertad, no procede abordar el estudio de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, siendo prioritaria la restricción de la libertad personal, porque *"el canon de la conformidad constitucional de la motivación de las decisiones judiciales, que habilitan la restricción de derechos fundamentales es más estricto que el canon de motivación exigido como garantía inherente al derecho a la tutela judicial efectiva"*⁵⁸⁵. En conclusión, la obligación de motivación de una resolución que limite el derecho a la libertad, es una garantía esencial para la protección y desarrollo del derecho fundamental⁵⁸⁶.

e) El recurso de amparo constitucional

⁵⁸² SSTC 5/2002, de 14 de enero y 163/2002, de 16 de septiembre.

⁵⁸³ SSTC 116/1998, de 2 de junio; 5/2002, de 14 de enero, y 163/2002, de 16 de septiembre.

⁵⁸⁴ SSTC 25/2000, de 31 de enero; 264/2000, de 13 de noviembre y 8/2001, de 15 de enero.

⁵⁸⁵ SSTC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4; 14/2000, de 17 de enero, FJ 3; 169/2001, de 16 de julio, F. J. 9.

⁵⁸⁶ MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, cit., pág. 124.

Otra garantía prevista en la Constitución para proteger el derecho a la libertad se refiere a la tutela del mismo, que podrá recabarse de los Tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional, así se establece en los artículos 53.1 y 161.1 b) C.E, figura que ha sido desarrollada en la Ley 62/1978 de 26 de diciembre de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales y en la Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional.

Debemos señalar que el recurso de amparo es una de las principales competencias atribuidas por la Constitución al Tribunal Constitucional, siendo el objeto de este proceso la protección frente a las vulneraciones de los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución, originadas por disposiciones, actos jurídicos, omisiones o simples vías de hecho de los poderes públicos del Estado, las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial, corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes. La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional distingue tres modalidades de recurso de amparo, en razón del origen del acto del poder público al que se le imputa la vulneración de los derechos fundamentales:

- a) Recurso de amparo contra decisiones parlamentarias (art. 42 LOTC);
- b) Recurso de amparo contra decisiones gubernativas y administrativas (art. 43 LOTC);
- c) Recurso de amparo contra decisiones judiciales (art. 44 LOTC).

En lo referente a las posibles vulneraciones del derecho a la libertad, el recurso de amparo se centra en cuestionar las órdenes de prisión provisional que puedan haberse dictado sin estar debidamente justificadas, La finalidad de la prisión provisional será la de garantizar la presencia en el juicio del imputado. La Constitución señala que los plazos máximos de prisión provisional estarán establecidos mediante ley, lo que se ha desarrollado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 503, 504 y 505), cuyos criterios seguidos consisten en la fijación del tiempo máximo de prisión provisional de acuerdo con las penas previstas para el delito que se imputa, así como el carácter de dicho delito y la alarma social que provoque. La prisión habrá de ser dictada por el Juez

de forma motivada, y deberá ser acorde con los fines de la medida⁵⁸⁷, además de ponderar las circunstancias personales del procesado⁵⁸⁸, sin que baste la alarma social o el carácter del delito para decretar la prisión⁵⁸⁹, debiendo optar por otro tipo de medidas menos restrictivas cuando de ese modo se garantice la presencia en el juicio del encausado, pues no hay que olvidar que la prisión provisional es una medida de carácter cautelar⁵⁹⁰.

Debemos señalar que en los casos en que se verifique que se ha dictado una orden judicial de prisión provisional, que no atiende a las consideraciones antes expuestas, la persona privada de su libertad tiene expedita la vía para interponer un recurso de amparo ante el máximo intérprete de la Constitución.

Por otro lado, también es habitual que se utilice el recurso de amparo con la finalidad de recurrir las resoluciones judiciales que inadmitan los pedidos de Habeas Corpus, de las personas extranjeras que son detenidas e ingresadas en los CIE. En estos casos el TC declarará procedente el amparo, solo si verifica que la denegación del pedido de Habeas Corpus se ha realizado liminarmente, sin la debida motivación y sin dar audiencia al interesado.

Como lo vimos anteriormente, la protección constitucional del derecho a la libertad no solo abarca a las decisiones extra-judiciales, sino también a las de índole judicial que pudieran haberse adoptado vulnerando lo establecido en la Ley. En los demás casos de privación de libertad por parte autoridades policiales, la vía para restablecer la libertad es el Habeas Corpus, contemplado en el artículo 17.4 CE, del cual hablaremos en los apartados siguientes.

1.5 El artículo 17 de la Constitución Española

El artículo 17 CE reconoce el derecho a la libertad y seguridad de toda persona, ambos aspectos del derecho fundamental deben tener el mismo significado, pudiendo

⁵⁸⁷ SSTC 14/2000, de 17 de enero; 165/2000, de 12 de junio, 26/2008, de 11 de febrero; 122/2009, de 18 de mayo.

⁵⁸⁸ STC 33/1999, de 8 de marzo.

⁵⁸⁹ STC 47/2000, de 17 de febrero.

⁵⁹⁰ SSTC 128/1995, de 26 de julio, 37/1996, de 11 de marzo; 62/1996, de 15 de abril; y 66/1997, de 7 de abril.

distinguir dos aspectos del mismo, uno positivo la libertad y otro de protección el de seguridad⁵⁹¹. Como hemos referido, el artículo 17 CE contempla conjuntamente el derecho a la libertad y a la seguridad, estableciendo en sus cuatro apartados parámetros para su protección y los límites a la misma. A continuación transcribimos su contenido:

“1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.

2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

4. La ley regulará un procedimiento de "habeas corpus" para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”.

Como es de verse el artículo 17 CE posee cuatro apartados bien definidos, según GARCÍA⁵⁹² este artículo en sus cuatro apartados contiene seis bloques materiales diferenciados: el primero contiene el derecho a la libertad en sí y la reserva de ley; el segundo apartado contiene la duración máxima de la detención; el tercer apartado contiene los derechos de los detenidos y el cuarto apartado, a su vez, contiene dos temas: la garantía judicial reactiva frente a la detención ilegal (Habeas Corpus) y el mandato de que la ley establezca un plazo máximo de duración de la prisión preventiva.

⁵⁹¹ SERRANO ALBERCA, J.M., “Estudio sobre el artículo 17 CE”, en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución, Tecnos*, Madrid, 1985, pág. 209.

⁵⁹² GARCÍA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal*, cit., pág. 45.

Según el autor estos seis bloques materiales, constituyen solo dos bloques conceptuales diferenciados: el primero de ellos genérico, pues describe el derecho a la libertad y seguridad y el segundo específico, que está vinculado a delimitar las garantías del derecho a la libertad (tiempo máximo de la detención y de la prisión preventiva, la garantía del Habeas Corpus y los derechos de los detenidos). Debemos señalar, como ya lo hemos referido, que el artículo 17 CE reitera lo dispuesto en el artículo 5.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y en el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Anteriormente hemos reseñado el primer apartado del artículo 17 CE, que de manera genérica, aborda el derecho a la libertad y a la seguridad y establece el límite de la reserva de ley para la imposición de medidas restrictivas o limitativas de este derecho. En ese sentido, el principal efecto del artículo 17.1 CE es el de establecer reserva de ley para regular los casos y las formas en que cabe la privación de libertad, reserva de ley que trata de asegurar que solo el legislador pueda establecer las causas de la privación de libertad, para evitar con ello el abuso de poder, que puedan perpetrar las autoridades en contra de la ciudadanía.

El artículo 17.2 establece el plazo máximo de la detención preventiva, el que será de 72 horas, esta previsión supone una garantía específica y concreta que, en ningún caso, podrá superarse y tras el cual el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición judicial, asegurándose así un límite máximo de permanencia bajo custodia policial. Según el Tribunal Constitucional, esta limitación temporal impuesta se refiere tanto a los poderes públicos en general, como a los particulares⁵⁹³.

La detención preventiva está constitucionalmente caracterizada, entre otros rasgos, por su limitación temporal, lo que implica que ha de estar inspirada por el criterio del lapso temporal más breve posible⁵⁹⁴; a pesar de este límite máximo, el plazo máximo constitucionalmente previsto no es en realidad de setenta y dos horas, pues la Constitución aclara que la detención no podrá durar más del tiempo estrictamente

⁵⁹³ SSTC 341/1993, de 18 de noviembre (RTC 1993,341); 288/2000, de 27 de noviembre, F.J. 3 y; 224/2002, de 25 de noviembre, F.J. 3.

⁵⁹⁴ SSTC 31/1996, de 27 de febrero; 174/1999, de 27 de septiembre y; 179/2000, de 26 de junio.

necesario para el esclarecimiento de los hechos, y éste es el plazo máximo de la detención, aunque resulte indeterminado, estando siempre dentro del límite de las 72 horas. Así la doctrina del Tribunal Constitucional establece: *"si las averiguaciones concluyeren: antes de cumplirse este plazo máximo de setenta y dos horas, se deberá poner en libertad o a disposición judicial"*⁵⁹⁵.

Por su parte el artículo 17.3 CE, establece las demás garantías que asisten al detenido tendentes a salvaguardar las condiciones de la detención, y enfocadas a que la situación de desamparo que provoca toda privación de libertad, no repercuta en indefensión del detenido; este artículo confirma en el ámbito de la detención, una especie de relación de derechos del detenido que poseen un carácter general. La norma de desarrollo de este precepto constitucional la encontramos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECRIM), específicamente en su artículo 520 LECRIM, la cual coincidiendo con la CE establece que el plazo máximo de detención será de setenta y dos horas, y que la detención habrá de practicarse en el modo que menos perjudique al detenido. Asimismo, en su artículo 520.2 LECRIM, se ordena que la información sobre los motivos de la detención debe realizarse en forma sencilla y accesible, definiéndose en dicho artículo los derechos con los que cuenta la persona detenida, en este sentido al detenido no solo deberá informársele de las razones de la detención, sino también de los hechos que se le imputan, la que se ha de suministrar en el momento mismo de procederse a la detención y de manera que sea comprensible para el detenido. De igual forma se establece que el detenido sea informado, también de inmediato y de modo que le resulte comprensible, de sus derechos y concretamente: del derecho de guardar silencio, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable, a designar abogado y solicitar su presencia, a ser asistido, en su caso, por intérprete, y a ser reconocido por un médico.

Por otro lado, debemos señalar que la garantía básica de la detención la constituye el derecho a la asistencia letrada, reconocido expresamente en el artículo 17.3 CE a diferencia de lo que ocurre con el resto de estos derechos del detenido que no se recogen expresamente por la Constitución. Dicha asistencia letrada deberá ser facilitada tanto en las diligencias policiales, como en las judiciales, y tiene por objeto asegurar que

⁵⁹⁵ STC 224/1998, de 24 de noviembre.

los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato vulneratorio de su dignidad y libertad de declaración y que tenga una debida asesoría acerca de la dinámica de los interrogatorios y la finalidad de su declaración. Así lo establece en el artículo 118 de la LECRIM, modificado por la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

Por su parte en el artículo 17.4 la Constitución Española establece la garantía del Habeas Corpus, con ello se establece una garantía judicial de la pertinencia de la privación de libertad y de las condiciones de la misma, estableciendo un procedimiento de control judicial de la legalidad de la detención, estableciéndose así una garantía judicial reactiva frente a las detenciones ilegales, la que permitirá a cualquier persona privada de libertad solicitar la intervención del Juez, para que verifique la legalidad de su privación de libertad o las condiciones en que ésta tiene lugar. Al respecto haremos una referencia más profunda en los próximos apartados.

1.6 El derecho a la libertad personal de los extranjeros

a) Protección internacional

Como es sabido España ha ratificado una serie de Tratados Internacionales cuyo fin primordial es el reconocimiento internacional de los derechos fundamentales de las personas, entre los que se tutela y reconoce el derecho a la libertad. La Constitución Española reconoce el valor y la jerarquía normativa de estos Tratados en sus artículos 10.2 y 96.1 CE, entre los Tratados más importantes en materia de Derechos Humanos tenemos:

- La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948;
- El Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, modificado por el Protocolo de Estrasburgo, de 11 de mayo de 1994;

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 17 de diciembre de 1966 (ratificado el 13 de abril de 1977);
- El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas de 1966, ratificado por España el 13 de abril de 1977 y;
- El Convenio contra la tortura y penas crueles e inhumanas, firmado en Nueva York en 1984, entre otros muchos tratados.

El Artículo 10.2 CE otorga un especial protagonismo a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Organización de Naciones Unidas, es importante resaltar que no hay Estado Social y Democrático de Derecho si el ordenamiento jurídico no incorpora como derechos fundamentales las demandas sociales más importantes⁵⁹⁶.

Según TRUYOL⁵⁹⁷ “...esa Declaración de Derechos Humanos se podría definir como la expresión de la conciencia jurídica de la humanidad, y por consiguiente, como fuente de un derecho superior...”. Sin embargo adicionalmente a ella, tenemos otros instrumentos internacionales que se han ido aprobando paulatinamente con la finalidad de dotar al derecho internacional de los derechos humanos de un marco jurídico más completo. A continuación citaremos los instrumentos normativos más significativos que se pronuncian sobre el derecho a la libertad, incluyéndose en estos al derecho del que gozan los extranjeros.

a.1) La Declaración Universal de los Derechos del Hombre

Como hemos señalado la Constitución Española cita literalmente a la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948 como un instrumento normativo internacional de referencia. Dicha Declaración en su artículo 1º y 2º, reconoce la libertad de todos los seres humanos, así como que todas las personas tienen todos los derechos y libertades proclamados en ella sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición.

⁵⁹⁶ MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, cit., pág. 126.

⁵⁹⁷ TRUYOL y SERRA, A., *Los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 31.

La libertad y seguridad personales se recogen en el artículo 3 que establece:

"Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona"; y la prohibición de las detenciones arbitrarias en el artículo 9 al decir "Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado".

Dicho precepto es claro, sostiene que todas las personas, sin distinciones, son titulares del derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad. Como podemos apreciar, la formulación de los derechos expuestos es amplia, de forma que permitan la concreción por el ordenamiento jurídico interno de cada país que ratifique la Declaración.

Con respecto al derecho a la libertad de los extranjeros, debemos señalar que este Instrumento internacional no alude directamente a este colectivo, pero se puede inferir del contenido del precepto citado, así como de otros que lo conforman, que los extranjeros son igualmente titulares de dicho derecho, sin distinciones por tal condición. Tal es así que el su artículo 7 se contempla el derecho de todo ser humano a la igualdad ante la ley y a no ser objeto de discriminación; de igual forma en su artículo 13, se garantiza el derecho a circular libremente y a elegir residencia en el territorio de un Estado, a salir y a regresar a su país.

A pesar de lo antes citado, debemos señalar que los conceptos de nacionalidad o ciudadanía que incorporan los ordenamientos internos de cada país limitan muchas veces los derechos de los extranjeros. La ciudadanía es dentro del Estado una garantía de igualdad, pero al mismo tiempo constituye, por el contrario una fuente de discriminación frente a los extranjeros, de modo que el ciudadano ostenta en la comunidad a la que pertenece un *status* de privilegio frente al extranjero y así se demuestra en nuestra Constitución, artículo 13.1, que condiciona el disfrute por los extranjeros de las libertades públicas del Título 1, a los términos que establezcan los tratados y la ley⁵⁹⁸.

a.2) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

⁵⁹⁸ MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, cit., pág. 128.

Otro de los instrumentos internacionales, protectores de derechos fundamentales que no distingue origen, condición o nacionalidad es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Nueva York, aprobado el 16 de diciembre de 1966, y en la misma fecha y lugar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificados todos por España con fecha 27 de abril de 1977.

El mencionado Pacto de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 9.1 se establece lo siguiente:

“Artículo 9

- 1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta...”.*

Como podemos apreciar, se reconoce con carácter general el derecho a la libertad y seguridad personales, sin distinción alguna por nacionalidad u otra razón, prohibiéndose cualquier tipo de detención arbitraria y formulándose el principio de legalidad de la detención. Asimismo, en el artículo 9.2 se establecen los derechos del detenido a ser informado de las razones de su detención, a ser conducido sin demora ante la autoridad judicial, a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad. De igual forma en su artículo 9.3, se manifiesta el carácter excepcional de la prisión preventiva y en su artículo 9.4 se reconoce el derecho a la revisión por un Tribunal, de la legalidad de la detención a la que ha sido sometido, así como a obtener una reparación en caso de haber sido detenido ilegalmente.

El Pacto de Derechos Civiles y Políticos constituye un cuerpo normativo que, al igual que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, protege el derecho a la libertad de todas las personas, como derecho y principio general, dejando a criterio de cada país, la regulación específica que estime conveniente, pero dentro del marco del respeto a los derechos reconocidos en este instrumento internacional.

En este sentido debemos señalar que el Comité de Derechos Humanos de la ONU, ha emitido observaciones a los Estados parte, en las cuales se insta al respeto irrestricto de los derechos de los extranjeros que se encuentren en su territorio, al respecto señala literalmente: "...El Pacto otorga plena protección a los extranjeros respecto de los derechos en él garantizados y sus disposiciones deben ser respetadas por los Estados Partes en su legislación y en la práctica, según proceda..."⁵⁹⁹. Asimismo hace hincapié en que son pocas las Constituciones en el mundo, que otorgan la misma protección a los extranjeros que a los nacionales, invocando a que las legislaciones y la jurisprudencia deban convertirse en un vehículo para garantizar el pleno ejercicio de derechos de este colectivo⁶⁰⁰.

a.3) El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales fue aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950 y ratificado por España el 26 de setiembre de 1979, se suscribió como un instrumento normativo que permitiera una unión más estrecha entre los miembros del Consejo de Europa, al considerar que uno de los medios para lograr esta finalidad, es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, siendo éstas las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo.⁶⁰¹

En este Convenio se abordan los derechos fundamentales, sobre todo el de la libertad personal, de una manera más detallada y abundante, si lo comparamos con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, por ejemplo, no solo se reconoce el derecho a la libertad y seguridad de manera genérica, sino que se procede a la formulación del principio de legalidad en la detención, con expresión de los supuestos en los que se justifica la privación de libertad en su artículo 5.1 CEDH. Asimismo, en similar disposición que el Pacto de Derechos

⁵⁹⁹ COMITE DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU, Observación General 15 del 11/04/1986, punto 4º.

⁶⁰⁰ COMITE DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU, Observación General 15 del 11/04/1986, punto 3º.

⁶⁰¹ MORENILLA RODRÍGUEZ, J., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos: Textos internacionales de aplicación*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988, pág. 20.

Civiles y Políticos, en su artículo 5.2 CEDH establece los derechos del detenido a ser informado de las razones de la pérdida de su libertad y de la acusación contra ella. Por su parte, en su artículo 5.3, se precisa el derecho de la persona a ser conducida sin dilación ante el juez u otra autoridad que ejerza funciones judiciales, a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad durante el procedimiento. Por su parte el artículo 5.4, contempla la obligación de que un órgano judicial se pronuncie sobre la legalidad de su detención y por último el artículo 5.5, establece el derecho del detenido a obtener una reparación, en caso de detención o internamiento en condiciones contrarias a las establecidas.

Pero como hemos mencionado, su punto más significativo es que en el artículo 5.1 CEDH se detallan las causas que pueden justificar la privación de libertad, entre las que podemos mencionar:

- Por imposición de una sanción privativa de libertad por tribunal competente;
- Por desobediencia a las órdenes judiciales;
- Para garantizar el cumplimiento de una obligación establecida en la ley;
- Por causa de delito, sea el delincuente mayor o menor de edad;
- Por prevención, a fin de evitar que la persona propague una enfermedad contagiosa, o en el caso de un enajenado, un alcohólico, toxicómano o vagabundo;
- Al extranjero sorprendido pretendiendo entrar ilegalmente en el país, o contra el que se está sustanciando un procedimiento de expulsión o de extradición.

Como es de verse, este instrumento normativo internacional, a diferencia de los anteriormente citados, menciona expresamente la situación en las cuales los extranjeros pueden ser privados de su libertad. La primera de ellas, cuando dicha persona sea sorprendida pretendiendo ingresar de manera ilegal al país, situación que en el derecho español se denomina devolución, como veremos con detalle más adelante. Asimismo, también se contempla la posibilidad de privación de libertad, en el caso de que exista un procedimiento de expulsión, por causas que se encuentren contempladas en la legislación interna de cada país y también en caso de extradición.

Por otro lado, en su artículo 6 CEDH, establece que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída, equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil, o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. Establece también en su artículo 14 CEDH, que el goce de los derechos y libertades reconocidas en el Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, nacimiento u otra situación; como es de verse se protege a la persona como tal, sin distinción de su nacionalidad o situación administrativa.

Asimismo, debemos resaltar que el sistema de garantías establecido en el Convenio es más completo que el de los otros instrumentos internacionales antes mencionados, ya que además de la cláusula general contenida en el artículo 13 (derecho a un recurso efectivo), que dispone el acceso ante una instancia nacional a quien considere que sus derechos hayan sido vulnerados, se establecen los casos en los que los derechos y libertades reconocidos en el Convenio pueden ser total o parcialmente derogados. Así, el artículo 15.1 permite que en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, se deroguen ciertos derechos en la medida indispensable.

Por otro lado debemos mencionar que a fin de completar la materialización de la tutela de los derechos fundamentales reconocidos en el Convenio, se crea la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, instituidos con el fin de asegurar el respeto de los compromisos derivados del Convenio. Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado, en relación con el artículo 1 del Convenio de Roma de 1950, que el ámbito de la jurisdicción estatal, a los fines de la protección que ese instrumento garantiza, no se circunscribe al territorio nacional. Por lo que cabe imputar al Estado una lesión de los derechos que el Título 1 del Convenio reconoce, en relación con actos realizados por sus autoridades fuera del territorio nacional⁶⁰².

⁶⁰² SSTEDH, *Asunto Drozd y Janousek contra Francia y España* de 26 de junio de 1999; *Asunto Loizidou contra Turquía*, de 23 de marzo de 1995.

a.4) Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión fue proclamada por el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea el 7 de diciembre de 2000 en Niza, posteriormente en el año 2007 en Estrasburgo se proclamó una versión modificada de dicha Carta, antes de la firma del Tratado de Lisboa. En un principio la Carta no formó parte del Tratado de la Unión Europea, pero tras su modificación en el año 2007 por el Tratado de Lisboa, se hace vinculante para todos los Estados, excepto para Polonia y Reino Unido.

Debemos señalar que la Carta distingue entre "derechos", "libertades" y "principios". Las dos primeras categorías son de uso común en nuestra cultura jurídica, pero los "principios" adquieren operatividad distinta de la asignada a los derechos. Algunos de estos "principios", se integran en el contenido de los derechos moldeando su sustancia, tal es el caso del derecho a la creación de centros docentes (artículo 14) y de igual forma, el derecho a la protección al medio ambiente, que se nutre del "principio de desarrollo sostenible", propio del derecho ambiental, como norma general⁶⁰³.

Los derechos y libertades recogidos en la Carta, se reconocen a cualquier persona con independencia de su ciudadanía, a excepción de los reconocidos en el Capítulo V que lo son sólo para los ciudadanos de la Unión, salvo el derecho a una buena administración, que se extiende a todas las personas, sean o no ciudadanos de la Unión. En esta Carta se dedica el Capítulo VI (artículos 47 a 50) a la Justicia, en el que se establecen, entre otros, el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, la presunción de inocencia y derechos de defensa, a los principios de legalidad y proporcionalidad de las penas. Asimismo, la Carta establece que cualquier limitación de los derechos y libertades, deberá ser establecida por la ley que deberá respetar su contenido esencial. Los principios, por su parte, podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos, adoptados por las instituciones de la Unión y por actos de los Estados miembros, cuando apliquen el Derecho de la Unión en el ejercicio de sus competencias.

⁶⁰³ MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, cit., pág. 131.

Según MARTINEZ⁶⁰⁴ en nuestro sistema jurídico, en el que se incardinan las Declaraciones, Tratados y Convenios antes citados, no hay duda de la exigencia de igual trato para cualquier persona (ciudadano o extranjero) respecto de los derechos fundamentales, con independencia de su origen, nacionalidad, o condición. Sin embargo si los ordenamientos jurídicos internos ponen limitaciones al goce de dichos derechos, estos instrumentos internacionales pueden resultar ineficaces; en virtud de ello, el control de que las normas internas de los Estados Miembros de la UE no vulneren el derecho de la Unión, puede resultar determinante para evitar transgresiones a los derechos fundamentales de colectivos minoritarios, como es el caso de los extranjeros.

b) En España

Como hemos visto en el primer capítulo del presente trabajo de investigación, los extranjeros en España gozan de una serie de derechos que la jurisprudencia constitucional ha clasificado en tres grandes grupos: Los derechos que por su estrecha vinculación con la dignidad humana son iguales para todas las personas sin excepción, llamados por la doctrina como “incondicionales”⁶⁰⁵, los derechos exclusivos de los ciudadanos españoles y los derechos condicionales, en los que se admite un tratamiento desigual entre nacionales y extranjeros, en función de lo que dispongan los Tratados y las Leyes.

En lo referente al primer grupo de derechos, debemos señalar que la igualdad de derechos fundamentales, no quiere decir que el Estado no pueda constitucionalmente limitar alguno de ellos para los extranjeros; así lo entiende el Tribunal Constitucional en su STC 107/1984, de 23 de noviembre, que sostiene que cuando el artículo 14 de la Constitución proclama el principio de igualdad, lo hace refiriéndose con exclusividad a los españoles y son éstos quienes, de conformidad con la Constitución “*son iguales ante la ley*”, y no existe prescripción ninguna que extienda tal igualdad a los extranjeros”.

Sin embargo a pesar de dicha precisión, debemos señalar que la libertad personal en el ordenamiento español, es considerada un derecho fundamental del que solo se

⁶⁰⁴ MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, cit., pág. 132.

⁶⁰⁵ SALINAS MOLINA, F., *El régimen de extranjería...*, cit., pág. 87 y VARONA MARTÍNEZ, G., “La inmigración irregular...”, cit., pág. 102.

puede ser privado por causa establecida expresamente en la ley o en su defecto en caso de flagrancia en la comisión de hechos delictivos. Por lo tanto, el derecho a la libertad personal de los extranjeros goza en España de una protección jurídica constitucional, de la que no se les puede excluir por su condición migratoria, pero que sin embargo admite que por Ley Orgánica, como es el caso de la Ley de Extranjería, se contemplen situaciones que puedan justificar la restricción de dicho derecho, tal es el caso del internamiento de extranjeros como medida cautelar para lograr la expulsión del país.

Por otro lado, queremos hacer hincapié en la diferencia que existe entre el derecho a la libertad personal y el derecho a la libertad de circulación y residencia, que en su oportunidad hemos desarrollado en el apartado de derechos de los extranjeros; lo cierto es que ambas libertades son distinguibles, en primer orden desde el punto de vista conceptual, dado que es perfectamente posible que una persona tenga limitada su libertad de residencia y circulación pero no su libertad personal y en segundo lugar en cuanto al ámbito, dado que la libertad de residencia y circulación se encuentran vinculadas a una relación externa, en este caso el desplazamiento⁶⁰⁶, mientras que la libertad personal se refiere a la persona como tal. Asimismo, debemos manifestar, que ambas libertades poseen protección constitucional diferenciada, otorgándoseles distinta protección, diversos instrumentos de garantía y diferentes destinatarios; tal es el caso de que la libertad personal se reconoce a todas las personas sin excepción, mientras que el derecho a libre circulación solo a los españoles. En ese sentido el Tribunal Constitucional ha establecido que resulta “lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de esos derechos en función de la nacionalidad de las personas”⁶⁰⁷.

II) LA DETENCIÓN DE EXTRANJEROS

2.1 Naturaleza jurídica de la detención

La detención es una medida coercitiva mediante la cual un tercero o terceros, impiden a una persona moverse o desplazarse hacia donde libremente lo requiera. En

⁶⁰⁶ STEDH, de 14 octubre de 1999, Asunto *Riera Blume y otros c. España*.

⁶⁰⁷ STC 94/1993, de 22 de marzo.

ese sentido MARTÍNEZ⁶⁰⁸ señala, que toda falta de movimientos no querida por el propio sujeto constituye una detención, teniendo la consideración de detenida tanto una persona que es puesta en la celda de una prisión, como una persona parada para realizarle la detección del grado de alcoholemia en la sangre.

Según SALIDO, la detención en sentido lato se puede definir como “...la privación de la libertad ambulatoria, locomotriz o de movimientos, de forma que el autor de la privación de libertad impide al sujeto trasladarse de lugar según su libre voluntad...”⁶⁰⁹. Por su parte BARONA VILAR define a la detención como “...una medida cautelar personal que consiste en la privación breve de libertad, limitada temporalmente con el fin de poner el sujeto detenido a disposición de la autoridad judicial, quien deberá resolver, atendidas las condiciones legales, acerca de su situación personal, manteniéndola por tiempo mayor (prisión) o adoptando una medida cautelar menos grave (libertad personal) o restableciendo el derecho a la libertad en su sentido natural”⁶¹⁰.

En el ámbito penal, encontramos una serie de definiciones sobre la detención, así al respecto GIMENO SENDRA define a la detención como: “una medida cautelar de naturaleza procesal y provisionalísima que puede adoptar la autoridad judicial, policial e incluso los particulares, consistente en la limitación del derecho a la libertad del imputado con el objeto esencial, bien de ponerlo a disposición de la autoridad judicial, bien si se encuentra ya en dicha situación, de resolver sobre la misma...”⁶¹¹. De igual forma MORENO CATENA, la define como “...toda privación de libertad deambulatoria de una persona distinta de la prisión provisional, o de la ejecución de la pena de cárcel y acordada en un caso y con un fin previsto y permitido por el ordenamiento jurídico...”⁶¹².

Según el Tribunal Constitucional: “...Debe considerarse como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para

⁶⁰⁸ MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, cit., pág. 116.

⁶⁰⁹ SALIDO VALLE, C., *La detención policial*, Barcelona, Bosch, 1997, pág. 44.

⁶¹⁰ BARONA VILAR, S., GÓMEZ COLOMER, J.L. y MONTÓN REDONDO, A., *Derecho Jurisdiccional I*, Tomo IV, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004, pág.465.

⁶¹¹ GIMENO SENDRA, V., *El proceso de "Habeas Corpus"*, Tecnos, 2a edic., Madrid, 1996, pág. 34.

⁶¹² MORENO CATENA, V., *El proceso penal. Doctrina y Jurisprudencia y formularios, Vol. II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 1549.

*autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad...*⁶¹³. En ese sentido el máximo Tribunal ha sido enfático en expresar que cualquier privación de libertad es detención, quedando sometida por tanto a las garantías constitucionales del artículo 17 CE⁶¹⁴.

2.2 Clases de detención

Las clasificaciones de la detención son innumerables y se establecen en virtud de distintos aspectos de la misma.

a) Por su legalidad

La primera clasificación podemos establecerla en función de la legalidad de la medida, pudiendo clasificarse en legales e ilegales. Las legales, serán aquellas practicadas en el marco de las leyes y la Constitución y las ilegales, serán aquellas restricciones de la libertad que se encuentren fuera del marco legal, constituyendo en muchos casos infracciones y/o delitos contra la libertad personal. Sobre esta clasificación no haremos mayor énfasis, dado que nos interesa analizar las características y matices de las detenciones legales.

b) En virtud de quién ejecuta la detención

La segunda clasificación, desde el punto de vista de la detención legal, es la referida a quién ejecuta la detención. Como sabemos la medida consiste en la privación de libertad, con el único objetivo de poner a la persona a disposición judicial, su peculiaridad respecto de otras medidas cautelares es que, en determinadas circunstancias e incluso sin habilitación judicial previa, puede ser llevada a cabo por la policía de propia autoridad y por particulares⁶¹⁵.

⁶¹³ STC 98/1986, de 10 de julio, F.J. 4.

⁶¹⁴ SSTC 107/1985, de 7 de octubre; 98/1986 de 10 de julio y 341/1993, de 18 de noviembre.

⁶¹⁵ Arts. 490 y 491 de la LECRIM.

Derivada de dicha peculiaridad, nos encontramos frente a la segunda clasificación de la detención, de ahí que deba distinguirse entre: detención judicial, detención preventiva policial y detención preventiva por particulares. La detención judicial es aquella medida ordenada previamente por un Juez mediante resolución motivada, la cual puede deberse a varias causas, entre las cuales se encuentra la sustanciación de un proceso penal, la fuga de un establecimiento penitenciario, la imputación de la comisión de un delito, etc.; el plazo máximo de detención judicial es de 72 horas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 497 LECRIM⁶¹⁶, plazo en el cual el Juez o Tribunal deberá decretar su libertad o en su defecto ordenar la prisión provisional; este plazo deberá contarse desde la detención propiamente dicha y no desde la puesta a disposición ante el Juez, dado que como afirma el TC⁶¹⁷, dicha detención constituye la materialización de una orden judicial previa. Sin embargo este plazo máximo de detención, no debe confundirse con el contemplado en el artículo 17.2 CE, dado que en dicho caso se refiere a la detención preventiva no judicial, así lo ha determinado el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia⁶¹⁸. Debemos aclarar asimismo, que según la legislación española las detenciones judiciales se producen en el contexto de la comisión de un delito, no de una falta, salvo el caso excepcional de que el infractor no tenga domicilio conocido o no preste una fianza suficiente que garantice su concurrencia al Juzgado cuando sea requerido⁶¹⁹.

Por otro lado, tenemos las detenciones preventivas practicadas por la autoridad policial, las mismas que pueden darse por una serie de motivos, entre ellos la comisión de un delito, el cumplimiento de una orden judicial de detención, busca y captura y/o la detención de extranjeros en situación irregular, en el marco de las denominadas “redadas”, o en su defecto en cumplimiento de una orden de expulsión por parte de la autoridad administrativa; en todos estos casos el plazo máximo de detención es de 72 horas, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 17.2 CE.

⁶¹⁶ *Artículo 497*

Si el Juez o Tribunal a quien se hiciese la entrega fuere el propio de la causa, y la detención se hubiese hecho según lo dispuesto en los números 1.º, 2.º y 6.º, y caso referente al procesado del 7.º del artículo 490, y 2.º, 3.º y 4.º del artículo 492, elevará la detención a prisión, o la dejará sin efecto, en el término de setenta y dos horas, a contar desde que el detenido le hubiese sido entregado.

Lo propio y en idéntico plazo, hará el Juez o Tribunal respecto de la persona cuya detención hubiere él mismo acordado.

⁶¹⁷ STC 180/2011, de 21 de noviembre, F. J. 6.

⁶¹⁸ SSTC 37/1996, de 11 de marzo, F. J. 4 y 180/2011, de 21 de noviembre, F. J. 6.

⁶¹⁹ Art. 495 LECRIM.

Por último, nos encontramos frente a la detención preventiva por parte de particulares, que es aquella en la cual cualquier particular puede detener a otra persona, cuando se produzcan ciertas situaciones que la justifiquen. Sin ánimos de exhaustividad, podemos mencionar entre las causas de justificación para la detención por parte de particulares, aquellas reguladas en los artículos 490 y 491 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, las cuales detallamos a continuación:

1. Al que intentare cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo.
2. Al delincuente, “in fraganti”.
3. Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena.
4. Al que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme.
5. Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior.
6. Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente.
7. Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía.

Como podemos apreciar, este tipo de detención se encuentra contemplada a nivel legislativo en este caso la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en virtud de la autorización que el artículo 17.1 CE ha delegado al legislador para prever ciertas situaciones, en la cuales puede verse limitado el derecho a la libertad; en estos casos el plazo máximo de detención es de 72 horas, según lo establecido en el artículo 17.2 CE.

c) Si se practican o no en el marco de un proceso penal

La tercera clasificación de la detención podemos encontrarla en función a si se practican o no en el marco de un proceso penal. Atendiendo a dicho criterio podemos distinguir entre detenciones especiales y procesales⁶²⁰.

⁶²⁰ MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, cit., pág. 118.

Las detenciones especiales, son aquellas que se producen fuera del ámbito de un proceso penal y que tienen por finalidad, cumplir fines ajenos al proceso penal, pero también lícitos y acordes a lo establecido en el artículo 17.1 CE, así como en el artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Entre dichas situaciones podemos citar: el arresto del quebrado, la detención de los menores de edad, el internamiento de enajenados mentales, los tratamientos sanitarios, la detención gubernativa en los estados de excepción, alarma y sitio, el arresto militar como sanción disciplinaria y la detención de extranjeros⁶²¹. La detención de extranjeros con la finalidad de lograr su expulsión, también podría ser denominada cautelar, porque se deriva de la sustanciación de un procedimiento administrativo sancionador, o en su defecto pueden ser medidas cautelares de las que se vale la administración para restablecer el orden público que ha sido resquebrajado⁶²².

En lo referente a las detenciones procesales, se pueden distinguir dos tipos: en primer orden, aquellas destinadas a poner a disposición del Juzgado o Tribunal al imputado de un delito y en segundo orden a aquellas que van dirigidas al cumplimiento de una obligación impuesta por ley o al cumplimiento de deberes procesales, sin tener la condición de imputado, como puede ser atender a un llamamiento judicial. En este sentido, la LECRIM prevé una detención para testigos y peritos en los artículos 420⁶²³ y 463⁶²⁴. La conducción a presencia judicial, a diferencia de la detención del imputado, sólo puede ser acordada por el Juez y tiene como único objeto lograr la colaboración de éstos en el proceso; la detención en estos casos se produce por el incumplimiento de una obligación procesal, no por la posible comisión de un delito. Al respecto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señala que solo procede este tipo de detención, cuando la persona ha incumplido una obligación que no ha satisfecho y cuya finalidad es

⁶²¹ MORENO CATENA, V., *Proceso penal...*, cit., Tomo V, pág. 1551.

⁶²² Por ejemplo en caso de devolución por haber incumplido una resolución previa de prohibición de entrada al país.

⁶²³ Artículo 420

El que sin estar impedido no concurriere al primer llamamiento judicial, excepto las personas mencionadas en el artículo 412, o se resistiere a declarar lo que supiese acerca de los hechos sobre que fuere preguntado, a no estar comprendido en las exenciones de los artículos anteriores, incurrirá en la multa de 200 a 5.000 euros, y si persistiere en su resistencia será conducido en el primer caso a la presencia del Juez instructor por los agentes de la autoridad, y perseguido por el delito de obstrucción a la justicia tipificado en el artículo 463.1 del Código Penal, y en el segundo caso será también perseguido por el de desobediencia grave a la autoridad.

⁶²⁴ Artículo 463

El perito, que sin alegar excusa fundada, deje de acudir al llamamiento del Juez o se niegue a prestar el informe, incurrirá en las responsabilidades señaladas para los testigos en el artículo 420.

obligarla a realizarla, sin que dicha detención constituya una sanción en si misma⁶²⁵; así la privación de libertad en este supuesto, no tiene más finalidad que lograr la comparecencia, la declaración que presta no es en calidad de imputado, sino como testigo o perito, por lo que inmediatamente que se produzca la práctica de la correspondiente diligencia, el testigo o perito debe ser puesto en libertad.

2.3 Mención especial a la detención preventiva policial y su plazo máximo

En este extremo, queremos realizar un somero análisis de la detención preventiva, que es aquella practicada como consecuencia de la indagación por parte de la policía de la comisión de un delito o falta. Al respecto el artículo 17.2 CE, establece que la detención preventiva no podrá exceder del tiempo requerido para realizar las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos, estableciendo en todo caso como plazo máximo el de 72 horas, en las cuales la autoridad policial deberá dejar en libertad a la persona o en su defecto ponerla a disposición judicial. La detención preventiva es una medida cautelar personal, pues se basa en la imputación de delito o falta, que se puede imponer al presunto responsable de la misma. Con respecto a ella la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido reiteradamente la naturaleza cautelar de la detención⁶²⁶, puesto que para que se pueda adoptar esta medida cautelar, es preciso que se den los presupuestos típicos de toda medida cautelar personal: *El fumus bonis iuris*, también denominado como *fumus comissi delicti*, el *periculum in mora*, y la proporcionalidad⁶²⁷.

El *fumus comissi delicti*⁶²⁸ o *fumus delicti tributi*⁶²⁹, está referido a la imputación de un hecho delictivo, recogido en los supuestos previstos en el artículo 490

⁶²⁵ SSTEDH, Asunto *Lawless c. Irlanda*, de 1 de julio de 1961, apdo. 9; Asunto *Engel y otros c. Países Bajos*, de 8 de junio de 1976, apdo. 69; Asunto *Guzzardi c. Italia*, de 6 de noviembre de 1980, apdo. 101; Asunto *Ciulla c. Italia*, de 22 de febrero de 1989, apdo. 36; Asunto *Perks y otros c. Reino Unido*, de 12 de octubre de 1999, apdo. 70; Asunto *Nowicka c. Polonia*, de 3 de diciembre de 2002, apdo. 60; Asunto *Epple c. Alemania*, de 24 de marzo de 2005, apdo. 37; Asunto *A.D. c. Turquía*, de 22 de marzo de 2006, apdo. 20. ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Derecho a la libertad y seguridad”, cit., pág. 113.

⁶²⁶ STS de 16 de octubre 1993 (RJA 1993/7782) Y STS de 1 de febrero de 1995 (Col ex 95P19).

⁶²⁷ PEDRAZ PENALVA, E., “El derecho a la libertad y seguridad (Artículo 5 CEDH)”, en *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 12.

⁶²⁸ HOYOS SANCHO, M., *La detención por delito*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pág. 82, que a su vez hace referencia a GUARINELLO, R., “La Diczionalità del giudice in tema di captura e di libertà provvisoria”, *Rivista italiana di Diritto processuale*, 1966, pág. 523.

de la LECRIM y consiste en la probabilidad de que el sujeto pasivo de la medida cautelar, tenga responsabilidad penal; en este caso, para llevar a cabo la detención basta con la apariencia razonable de que el hecho investigado haya podido ser cometido por la persona sobre la que ha de recaer, es decir, que haya motivos suficientes para inculparlo, para ello resulta necesaria la presencia de elementos de convicción, indicativos de que la persona a la cual se le imputa la comisión de un delito, pueda tenersele, razonablemente, como autora o partícipe del ilícito penal⁶³⁰, sea que haya sido descubierta *"in fraganti"*, o como consecuencia de una actividad investigadora.⁶³¹

El *Periculum in mora o periculum libertatis*⁶³², se concreta en la pretensión de asegurar los fines del proceso en general, y en particular el peligro de ocultación personal del sujeto; se trata, en definitiva, de la existencia de razones para temer que el inculpado va a tratar de sustraerse a la acción de la justicia; en este caso, no es suficiente que haya motivos para creer que una persona ha cometido el delito, sino que además haya motivos para temer que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. La concreción del *periculum in mora*, obedece a la concurrencia de ciertas circunstancias que determinan el peligro de frustrar el proceso penal en curso, nos referimos a la gravedad del delito imputado, los antecedentes penales, la fuga u ocultación, la imposibilidad de identificarle y el peligro de oscurecimiento.

En lo referente al tercer requisito para la detención preventiva, se entiende que existe proporcionalidad entre la limitación o intervención del derecho y libertad fundamental y la medida cautelar adoptada, cuando sea adecuada y necesaria para obtener el fin perseguido por el legislador; así, siempre y cuando tal injerencia se encuentre en una razonable relación con la finalidad perseguida, será constitucionalmente admisible. En ese sentido GONZÁLES afirma que “...Únicamente será constitucionalmente admisible aquella limitación o intervención en los derechos y libertades fundamentales que sea adecuada y necesaria para obtener la finalidad perseguida por el legislador, que deberá ser justificada, y siempre y cuando tal

⁶²⁹ BANACLOCHE PALAO, J., *La libertad personal y sus limitaciones*, 1ª Ed., McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 288. En este sentido el autor afirma que es más adecuado denominar como indicios de la atribución de un delito.

⁶³⁰ VILLEGAS P. E., “La prisión preventiva en la agenda judicial para la seguridad ciudadana: Entre el garantismo y la eficacia de la persecución penal”, *Derecho y Cambio Social*, Lima, 2005, pág. 6.

⁶³¹ MONTERO AROCA, J., (con GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., y BARONA VILAR, S.), *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

⁶³² PEDRAZ PENALVA, E., “El derecho a la libertad...”, cit., pág. 12.

*injerencia se encuentre en una razonable relación con la finalidad perseguida...*⁶³³.

En conclusión, la limitación impuesta por los poderes públicos a un derecho fundamental resultará proporcionada si, siendo apta para garantizar el bien jurídico en conflicto, produce las consecuencias menos dañosas y se encuentra en relación con el bien general que se trata de salvaguardar.

Por su parte, el Tribunal Constitucional⁶³⁴ ha establecido que no toda compulsión personal o situación de privación de libertad por la fuerza pública constituye detención preventiva, pues al margen de esta situación quedan otras de sujeción o compulsión personal; sin embargo dado que esas situaciones limitan la libertad personal, sólo pueden darse en los casos y en la forma prevista por la ley. En ese sentido, el TC ha señalado que la remisión a la ley, no significa que exista por parte del legislador una total libertad para establecer situaciones de privación de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada pues ello vulneraría la libertad y la seguridad de la persona⁶³⁵. Entre las situaciones de compulsión personal no consideradas como detención preventiva, tenemos la contemplada en la Ley 39/2015 de 01 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas⁶³⁶, así como la contemplada en la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana⁶³⁷, que ha sido denominada como identificación de personas.

Al respecto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la derogada norma de Seguridad Ciudadana que también contemplaba dicha figura, afirmando que dicha norma autoriza una momentánea retención temporal, con el objeto de efectuar las indagaciones necesarias sobre la identificación y situación de la persona, pero que ello

⁶³³ GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el proceso penal, Tirant Lo Blanch*, Madrid, 1990, pág. 61.

⁶³⁴ STC 174/99, de 3 de noviembre, F. J. 4.

⁶³⁵ STC 341/1993, de 18 de noviembre, F. J. 6 A.

⁶³⁶ En su Artículo 104 se establece la compulsión personal como forma de ejecutar una obligación personalísima de no hacer o soportar.

⁶³⁷ En su artículo 16.2 se establece:

Artículo 16.- Identificación de personas

2. Cuando no fuera posible la identificación por cualquier medio, incluida la vía telemática o telefónica, o si la persona se negase a identificarse, los agentes, para impedir la comisión de un delito o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a las dependencias policiales más próximas en las que se disponga de los medios adecuados para la práctica de esta diligencia, a los solos efectos de su identificación y por el tiempo estrictamente necesario, que en ningún caso podrá superar las seis horas.

La persona a la que se solicite que se identifique será informada de modo inmediato y comprensible de las razones de dicha solicitud, así como, en su caso, del requerimiento para que acompañe a los agentes a las dependencias policiales.

no constituye una detención preventiva⁶³⁸. Dicha interpretación consideramos que es aplicable a la vigente Ley de Seguridad Ciudadana, cuyo artículo 16.2 reproduce, en términos similares tal situación, agregándose en su contenido que la retención máxima será por espacio de 6 horas, con la finalidad de proceder a su identificación.

Para el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la detención preventiva en términos del artículo 5.1c) CEDH⁶³⁹ sólo es admisible respecto de procedimientos penales⁶⁴⁰, no siendo admisible, por ejemplo, que se justifique la detención bajo este precepto cuando la persona afectada recibe una citación para que acuda a dependencias policiales en calidad de testigo⁶⁴¹; tampoco puede considerarse legal una detención de una persona que se encuentra en casa de otro que sí ha cometido delito⁶⁴² y de igual forma se ha establecido que para que una detención sea conforme al citado artículo 5.1 c) CEDH, debe darse algunos de sus supuestos (Existencia de indicios racionales de la comisión de una infracción, impedir la comisión de una infracción o impedir la huida tras la comisión de una infracción), no pudiendo justificarse la privación de libertad si la misma se ha llevado a cabo para la preservación de la paz y el mantenimiento del orden y se utilice para interrogar al detenido sobre actividades realizadas por otras personas⁶⁴³.

En lo que se refiere a los plazos, el TC ha emitido varias sentencias en las cuales se hace hincapié en el carácter vulneratorio que posee una detención preventiva que se mantiene durante un plazo indebido; en ese sentido se afirma que se vulnera el derecho a la libertad personal, cuando se produce una duración indebida de la detención

⁶³⁸ STC 341/1993, de 18 de noviembre, F.J. 5, y STC 53/2002, de 27 de febrero.

⁶³⁹ Artículo 5.- Derecho a la libertad y a la seguridad

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

“...C) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido...”.

⁶⁴⁰ SSTEDH, Asunto *Ciulla c. Italia*, de 22 de febrero 1989, apdo. 38; Asunto *Jecius c. Lituania*, de 31 de julio de 2000, apdo. 50; Asunto *Wloch c. Polonia*, de 19 de octubre de 2000, apdo. 108; Asunto *R.L. y M.-J.D. c. Francia*, de 19 de mayo de 2004, apdo. 86; Asunto *Epple c. Alemania*, de 24 de marzo de 2005, apdos. 35 y 42; Asunto *Zervudacki c. Francia*, de 27 de octubre de 2006, apdo. 59. ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Derecho a la libertad y seguridad”, cit., pág. 136.

⁶⁴¹ STEDH, de 23 de febrero de 2012, Asunto *Creanga c. Rumanía*, apdo. 106. ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Derecho a la libertad y seguridad”, cit., pág. 136.

⁶⁴² STEDH, de 3 de febrero de 2009, Asunto *Ipek y otros c. Turquía*, , apdo. 31. ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Derecho a la libertad y seguridad”, cit., pág. 137.

⁶⁴³ STEDH, de 18 de enero de 1978, Asunto *Irlanda c. Reino Unido*, apdo. 196, pág. 138.

preventiva⁶⁴⁴, medida caracterizada constitucionalmente por su limitación temporal, debiendo estar inspirada en el criterio de lapso de tiempo más breve posible. En dichas sentencias, se pone en relieve lo establecido en los artículos 5.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales⁶⁴⁵ y en el art. 9.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶⁴⁶, que exigen que el detenido sea conducido sin dilación o sin demora ante la autoridad judicial, o quien haga sus veces, y a ser juzgada en un plazo razonable o en su defecto ser puesta en libertad.

Asimismo, el máximo intérprete de la Constitución señala que en el caso de la detención preventiva, la protección hacia el derecho a la libertad debe ser mayor que en los casos de detención bajo supuestos legales, dado que la autoridad gubernativa establece los plazos de manera imperativa, no teniéndose un límite establecido en la Ley⁶⁴⁷, por ello señala en sus Sentencias que “...*el sometimiento de la detención a plazos persigue la finalidad de ofrecer una mayor seguridad de los afectados por la medida, evitando así que existan privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada...*”⁶⁴⁸. De igual forma señala que la detención preventiva, sujeta a las garantías del artículo 17.2 y 17.3 CE, viene ligada necesariamente a un proceso penal, y el “detenido” es el afectado por una medida cautelar de privación de libertad de carácter penal⁶⁴⁹.

Asimismo el TC establece que en la detención preventiva operan dos plazos, *uno relativo y otro máximo absoluto*. El primero consiste en el tiempo estrictamente

⁶⁴⁴ SSTC 288/2000, de 27 de noviembre F.J. 3; 224/2002, de 25 de noviembre, F.J. 3 y 23/2004 de 23 de febrero, F.J. 2.

⁶⁴⁵ 3. Toda persona detenida preventivamente o internada en las condiciones previstas en el párrafo 1.c) del presente artículo deberá ser conducida sin dilación a presencia de un juez o de otra autoridad habilitada por la ley para ejercer poderes judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada en un plazo razonable o a ser puesta en libertad durante el procedimiento. La puesta en libertad puede ser condicionada a una garantía que asegure la comparecencia del interesado en juicio.

⁶⁴⁶ 3. Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal será llevada sin demora ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad. La prisión preventiva de las personas que hayan de ser juzgadas no debe ser la regla general, pero su libertad podrá estar subordinada a garantías que aseguren la comparecencia del acusado en el acto del juicio, o en cualquier otro momento de las diligencias procesales y, en su caso, para la ejecución del fallo.

⁶⁴⁷ SSTC 31/1996, de 27 de febrero, F. J. 8; 21/1997, de 10 de febrero, F.J. 4; 174/1999, de 27 de septiembre, F.J. 4; 179/2000, de 26 de junio, F. J. 2; 199/1987, de 16 de diciembre, F.J. 8 y 224/1998, de 24 de noviembre, F.J. 3.

⁶⁴⁸ SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, F. J. 6 a) y 179/2000, de 26 de junio, F.J. 2.

⁶⁴⁹ SSTC 341/1993, de 18 de noviembre, F. J. 5 y 6; 179/2000, de 26 de junio, FJ 2º; 174/1999, de 27 de septiembre y 53/2002, de 27 de febrero.

necesario para la realización de las averiguaciones, tendentes al esclarecimiento de los hechos que puede tener una determinación temporal variable en atención a las circunstancias del caso, en ese sentido señala: “...*Para la fijación de tal plazo habrán de tenerse en cuenta estas circunstancias y, en especial, el fin perseguido por la medida de privación de libertad, la actividad de las autoridades implicadas y el comportamiento del afectado por la medida...*”⁶⁵⁰. El otro plazo, denominado máximo absoluto, es el establecido en el artículo 17.2 CE que indefectiblemente es de 72 horas, se hayan o no realizado las comprobaciones o averiguaciones respectivas, durante el cual debe informarse al detenido de sus derechos y puede tomarse su declaración si no se opone a ello.

De igual forma, el TC ha previsto que si coinciden los plazos de detención preventiva (relativo y absoluto), se dará preferencia al plazo que resulte más beneficioso al detenido, superponiéndose el plazo relativo al absoluto sin reemplazarlo⁶⁵¹; en tal circunstancia puede producirse vulneración del artículo 17.2 si se excede el plazo relativo, que en muchos casos puede ser inferior a las 72 horas. Es decir no sólo se vulnera el derecho a la libertad personal cuando se excede dicho plazo, sino que el Tribunal ha determinado que en ciertas situaciones en las cuales se ha producido una detención inferior a las 72 horas, de igual forma ha habido vulneración debido a que dicho plazo fue superior al plazo relativo, es decir a aquél estrictamente necesario para realizar las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos.

2.4 La detención de extranjeros en situación irregular

La detención de extranjeros en el ámbito del derecho de extranjería tiene su base normativa internacional en el artículo 5.1 inciso f) del Convenio Europeo Derechos Humanos⁶⁵², el que permite la detención e internamiento de extranjeros que se

⁶⁵⁰ SSTC 31/1996, de 27 de febrero, F. J. 8; 86/1996, de 21 de mayo, F.J. 8; 224/1998, de 24 de noviembre, F.J. 3.

⁶⁵¹ SSTC 31/1996, de 27 de febrero, F. J. 8; 86/1996, de 21 de mayo F.J. 7; 224/1998 de 24 de noviembre F. J. 4 y 23/2004 de 23 de febrero, F. J. 2.

⁶⁵² *Artículo 5 Derecho a la libertad y a la seguridad*

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

(...)

f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

encuentren de manera ilegal en alguno de los Estados firmantes del Tratado⁶⁵³. De igual forma como anteriormente hemos desarrollado, la Directiva de Retorno Europea 2008/115 CE, establece en su artículo 8.4 la posibilidad de aplicar medidas coercitivas, para llevar a cabo la expulsión cuando la persona no abandone el país voluntariamente. Por otro lado, no podemos dejar de mencionar el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966, que en su artículo 13⁶⁵⁴, establece la posibilidad de expulsión de un extranjero que se encuentre ilegalmente en el territorio de un Estado, previa adopción de una resolución de conformidad con las prescripciones legales y concediéndole el derecho a ser oído y de acceso a los recursos.

En lo referente a la legislación interna, debemos señalar que la legislación española contempla la posibilidad de realizar detenciones de extranjeros en el ámbito de extranjería, dicha medida no se encuentra literalmente expresa en la Constitución Española, pero sí se encuentra contemplada en la vigente Ley Orgánica de Extranjería, como veremos a continuación.

2.4.1 Naturaleza jurídica

La detención de extranjeros en situación irregular a nivel Europeo tiene su origen normativo el artículo 5 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el que prohíbe la detención arbitraria; este precepto también establece las situaciones en las cuales la detención puede ser empleada, así como las garantías procesales con las que cuenta toda persona. La detención de extranjeros en el ámbito del derecho de extranjería español, tiene su fundamento en el artículo 5.1 inciso f del CEDH⁶⁵⁵, que permite la

⁶⁵³ El art. 5.1º f) del Convenio admite la privación de libertad “si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que está en curso un procedimiento de expulsión o extradición”, estableciendo como derechos del privado de libertad el ser informado en el plazo más breve posible y en una lengua que comprenda de las razones de su privación de libertad, a presentar un recurso ante un órgano judicial para que se pronuncie con celeridad sobre la legalidad de tal privación de libertad. También tendrá derecho a una reparación cuando la detención o internamiento hayan sido llevadas a cabo en condiciones contrarias a dicho precepto.

⁶⁵⁴ Artículo 13

El extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley; y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente o bien ante la persona o personas designadas especialmente por dicha autoridad competente, y hacerse representar con tal fin ante ellas.

⁶⁵⁵ Artículo 5.- Derecho a la libertad y a la seguridad:

detención e internamiento de extranjeros que se encuentren de manera ilegal en alguno de los Estados firmantes del Tratado. El primer supuesto de dicho artículo, se refiere a las detenciones producidas para impedir la entrada ilegal en territorio estatal y el segundo supuesto, estriba en la detención basada en un procedimiento de expulsión en el cual el extranjero se encuentre inmerso.

Por su parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en aplicación del CEDH, reconoce a los Estados firmantes del Convenio Europeo su derecho a controlar la entrada, residencia y expulsión de los extranjeros dentro de su territorio⁶⁵⁶, aplicando las políticas de inmigración que estimen convenientes, estableciendo además que esta prerrogativa de los Estados debe compatibilizarse con el disfrute de los derechos que a los extranjeros les reconoce el Convenio, entre los que se encuentra el derecho a la libertad⁶⁵⁷.

Por otro lado si revisamos su contenido, podemos ver que el artículo 5 del CEDH no define el término detención, por ello el Tribunal, a través de su jurisprudencia, ha establecido las precisiones necesarias utilizando varios criterios que, de estar presentes en una situación particular, determinan la existencia de una privación de la libertad.

Como ejemplo podemos mencionar el caso de *Guzzardi contra Italia*⁶⁵⁸, en el que el Tribunal hizo referencia a la detención genérica, manifestando que para determinar si una persona ha sido privada de su libertad en el sentido del artículo 5, el punto de partida debe ser la situación concreta y se debe tomar en consideración criterios como el tipo, la duración, los efectos y la manera de implementación de la medida en cuestión. Asimismo, en otros fallos sostiene que la diferencia entre una privación y una restricción a la libertad no es sustancial, siendo una diferencia de

-
1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:
 - f) Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

⁶⁵⁶ STEDH, , Asunto "*Moustaquin*", de 18 de febrero de 1991; Asunto "*Nasri*", de 13 de julio de 1995; Asunto "*Chahal*", de 15 de noviembre de 1996; Asunto "*Ahmed*", de 17 de diciembre de 1996; Asunto "*Bouchelkia*", de 20 de enero de 1997; Asunto "*Mehemi*", de 26 de septiembre de 1997.

⁶⁵⁷ Derecho reconocido en el art. 5 del CEDH.

⁶⁵⁸ STEDH, de 6 de noviembre de 1990, Asunto *Guzzardi contra Italia*, , demanda No. 7367/76.

intensidad y no de naturaleza o sustancia⁶⁵⁹. Entre ellos tenemos el caso de Amuur contra Francia⁶⁶⁰, que versa sobre un solicitante de asilo somalí en Francia que fue retenido en la zona de tránsito del aeropuerto de Orly en París bajo vigilancia constante de la policía; en este caso el Tribunal estableció que el hecho de que resulte posible que los solicitantes de asilo abandonen voluntariamente “hacia afuera” el país donde desean encontrar asilo, constituye una restricción de la libertad, porque no se les permite el ingreso a dicho territorio.

En ese sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su Jurisprudencia, ha determinado que el Estado puede imponer coactivamente la restricción a la libertad de movimientos de una persona, al margen de que ésta la acepte voluntariamente o no⁶⁶¹. Asimismo, el TEDH ha interpretado que las detenciones e internamientos realizadas en virtud del art. 5.1. f) CEDH, son conformes al Convenio cuando cumplan los siguientes requisitos⁶⁶²:

- Estén previstas y reguladas con claridad en una norma con rango suficiente;
- Exista posibilidad de un control judicial;
- Tengan fijado un tiempo máximo de duración;
- Se arbitren los mecanismos necesarios para que el privado de libertad disponga de información sobre su situación, de asistencia jurídica y humanitaria;
- El lugar donde esté privado de libertad presente unas condiciones dignas⁶⁶³.

Por otro lado el TEDH en el caso Bozano contra Francia, resalta que la libertad no es lo único que debe protegerse sino también la seguridad del individuo; en dicho

⁶⁵⁹ SSTEDH, Asunto *Guzzardi c. Italia*, de 6 de noviembre de 1980, apdo. 93; Asunto *Amuur c. Francia*, de 25 de junio de 1996, apdo. 42; Asunto *Ashingdane c. Reino Unido*, de 28 de mayo de 1985, apdo. 41; Asunto *Lavents c. Letonia*, de 28 de noviembre de 2002, apdo. 62; Asunto *H.L. c. Reino Unido*, de 5 de octubre de 2004, apdo. 89. ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Derecho a la libertad y seguridad”, cit., pág. 122.

⁶⁶⁰ STEDH, de 25 de junio de 1996, *Amuur contra Francia*, , demanda N° 19776/92.

⁶⁶¹ STEDH, de 18 de junio de 1971, Asunto *Wilde, OOMS y Versyp*.

⁶⁶² SSTEDH, Asunto *Amuur contra Francia*, de 25 de junio de 1996; Asunto *Aksoy*, de 18 de diciembre de 1996, y Asunto *Conka*, de 5 de febrero de 2002.

⁶⁶³ VILLAVERDE MENÉNDEZ, A., I., “El régimen jurídico-constitucional de la detención e internamiento de los extranjeros con ocasión de su expulsión del Estado”, en PRESNO LINERA, M. A. (coord.), *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socio económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 168-169.

caso se demandó a Francia debido a que la persona había sido detenida con la finalidad de llevarlo a la frontera suiza. Se demostró que la finalidad de la detención no había sido la materialización de un procedimiento de extradición hacia Italia, en el cual hubiera tenido las garantías inherentes al debido proceso, sino que se le detuvo para esquivar la negativa de los Tribunales franceses, hecho arbitrario que no sólo vulneró la libertad del individuo, sino que puso en riesgo su seguridad personal⁶⁶⁴.

Adicionalmente debemos traer a colación, que en los últimos años el TEDH ha conocido varios asuntos en los cuales se analiza la adecuación de medidas de internamiento de ciudadanos extranjeros, con lo establecido en el artículo 5.1.f) CEDH. Para el TEDH una medida privativa de libertad de un ciudadano extranjero, podrá justificarse desde el punto de vista del artículo 5.1.f) CEDH, siempre que persiga uno de los objetivos indicados y sea regular, entendiéndose como tal aquella que se adecue a las previsiones del derecho interno y aquella que asegure la protección de la persona contra la arbitrariedad⁶⁶⁵. Asimismo, se ha establecido que el artículo 5 CEDH hace referencia a la ley interna de cada Estado como paraguas jurídico necesario que debe cumplirse para aplicar medidas restrictivas de la libertad, pero que dichas medidas deben ser compatibles con la finalidad de dicho precepto.

En este sentido, el TEDH exige que la legislación nacional tenga las siguientes características:

- Sea suficientemente accesible y previsible en cuanto a las condiciones de privación de libertad;
- Que su aplicación se realice de buena fe;
- Que toda privación de libertad se vincule al objetivo que justifica la detención de extranjero, esto es, impedir que entre irregularmente en el territorio nacional o que eluda una medida de expulsión o extradición ;
- Que la detención se realice en un lugar apropiado y;
- Que su duración no exceda del plazo razonablemente necesario para alcanzar el fin perseguido.

⁶⁶⁴ STEDH, Asunto *Bozano c. Francia*, Sentencia de 18 de diciembre de 1986, apdo. 60. ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Derecho a la libertad y seguridad”, cit., pág. 127 “.

⁶⁶⁵STEDH, Asunto *Bozano c. Francia*, de 18 de diciembre de 1986, apdo. 54; Asunto *Dougoz c. Grecia*, de 6 de marzo de 2001, apdo. 55; Asunto *Öcalan c. Turquía*, de 12 de marzo de 2003, apdo 86; Asunto *Singh c. República checa*, de 25 de enero de 2005, apdo. 61; Asunto *Riad e Idiab c. Bélgica*, de 24 de enero de 2008, apdo. 78. ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Derecho a la libertad y seguridad”, cit., pág. 126.

Es así que, en los asuntos *A. A. c. Grecia*, de 22 de julio de 2010, y *R.U. c. Grecia*, de 7 de junio de 2011, se determinó que el mantenimiento de la privación de libertad de los demandantes durante meses no podía considerarse regular, en la medida en que estos habían solicitado asilo mientras estaban detenidos y esa solicitud provocó la suspensión de la resolución de expulsión para cuya ejecución estaban privados de libertad; al suspenderse la ejecución de la expulsión, el mantenimiento de la privación de libertad carecía de base legal, según la propia legislación interna, de modo que tampoco podía considerarse regular desde el punto de vista del CEDH⁶⁶⁶.

Por otro lado en los casos *Al-Agha c. Rumania*, de 12 de enero de 2010, *Ahmed c. Rumania*, de 13 de julio de 2010 y *Garayev c. Azerbaijón*, de 10 de junio de 2010, el problema no era la inexistencia de base legal que justificara la medida privativa de libertad, sino la legislación nacional que no era garantista, en la medida en que ésta no se consideraba previsible y no protegía a la persona frente a la arbitrariedad⁶⁶⁷, en los citados casos, los demandantes habían sido privados de libertad por periodos superiores a los tres años.

En el primer y segundo caso, las personas fueron ingresadas en centros de internamiento de extranjeros en Rumanía luego de ser declarados ciudadanos no gratos por las autoridades rumanas, sin haberse precisado en la resolución los hechos que habían determinado tal declaración, detención también fue objeto de sucesivas prórrogas sin control judicial. En este caso el TEDH consideró que, si bien es cierto se había actuado en cumplimiento de la legislación nacional, ésta legislación no protegía al individuo contra la arbitrariedad de los poderes públicos, en la medida en que garantizaba la arbitrariedad del accionar de las autoridades respectivas para declarar como persona no grata a cualquier individuo, justificando con ello su privación de libertad. Por dicha razón el Alto Tribunal consideró que dicha legislación, era disconforme con las exigencias que impone el artículo 5.1 CEDH.

⁶⁶⁶ DÍAZ CREGO, M., “Derecho de Extranjería y Jurisprudencias del Tribunal Constitucional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *La Hora de la Integración Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, junio de 2011, pág. 407.

⁶⁶⁷ DÍAZ CREGO, M., “Derecho de Extranjería y Jurisprudencias del Tribunal Constitucional...”, cit., pág. 408.

En el tercer caso se produjo una situación similar pero en Azerbaijón, el demandante había sido privado de libertad con el objeto de ser extraditado, en aplicación de una legislación que no establecía siquiera un período máximo de detención; dicha falencia determinó que el TEDH considerara que la legislación nacional, no era precisa ni previsible y que, por tanto, debía entenderse vulnerado el artículo 5.1 CEDH.

En lo referente al caso de menores de edad, el TEDH también se ha pronunciado en cuanto a la supuesta vulneración del artículo 5.1 f) CEDH, tal es el caso de *Rahimi c. Grecia*, de 5 de abril de 2011⁶⁶⁸, en el cual el problema central analizado por el TEDH era la decisión de las autoridades griegas de privar de libertad a un menor extranjero no acompañado, con la finalidad de garantizar su expulsión. El Alto Tribunal hizo hincapié en que cuando se trate de menores de edad, especialmente si éstos no estaban acompañados, las medidas deben ser adoptadas teniendo en cuenta el interés superior del niño, así como la exigencia de que cualquier medida privativa de libertad debe ser una medida de último recurso, conforme a lo previsto en la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. Lamentablemente en ese caso las autoridades griegas aplicaron la medida privativa de libertad sin tener en cuenta ninguno de esos dos criterios, y a pesar de conocer el lamentable estado en que se encontraba el centro de internamiento en el que iba a ser recluido el menor, razones por las cuales el TEDH consideró vulnerado el artículo 5.1.f) CEDH.

En el ámbito interno, como ya lo hemos advertido, la detención de extranjeros en el ámbito de extranjería constituye una medida cautelar personal, de naturaleza especial puesto que no forma parte de ningún proceso penal ni de alguna investigación por la comisión de hechos delictivos. La Constitución Española no menciona la posibilidad de detención de extranjeros en el ámbito del derecho de extranjería, siendo la Ley de Extranjería la que abre dicha posibilidad.

En ese sentido debemos señalar que la LO 4/2000, establece en su artículo 61.1 numeral d)⁶⁶⁹, la posibilidad de aplicar la medida de detención cautelar por la autoridad

⁶⁶⁸ DÍAZ CREGO, M., “Derecho de Extranjería y Jurisprudencias del Tribunal Constitucional...”, cit., pág. 20.

⁶⁶⁹ Artículo 61 Medidas cautelares

gubernativa o sus agentes, en el caso de infracción grave en materia de extranjería. La detención de extranjeros en el ámbito que nos atañe, puede darse por una serie de supuestos, entre los que podemos mencionar la incoación de un procedimiento de expulsión por incumplimiento de una orden previa de expulsión, en el caso de rechazo en frontera, en los supuestos de devolución y la detención para efectos de identificación. Posteriormente analizaremos cada una de dichas situaciones.

La Constitución Española no hace distinciones entre españoles y extranjeros en cuanto al goce del derecho a la libertad, siendo aplicable plenamente a los extranjeros lo dispuesto en el artículo 17 CE, así lo establece el TC en su Jurisprudencia⁶⁷⁰, al considerar que la libertad es un derecho inherente a la persona humana y corresponde por igual a españoles y extranjeros. Por otro lado también debemos mencionar el artículo 489 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la que otorga un tratamiento idéntico a españoles y extranjeros, pues contempla que *“Ningún español ni extranjero podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban”*.

En lo referente al ámbito de protección constitucional de la detención de extranjeros, el Tribunal Constitucional ha señalado que las detenciones de extranjeros en el contexto de procedimientos de extranjería son detenciones amparadas por el artículo 17.1 CE, salvo excepciones puntuales.

Al respecto la STC 115/1987 de 7 de julio, establece que la retención en frontera del extranjero mientras se resuelve su expediente de expulsión, devolución o retomo, o sobre la admisión de su petición de asilo, es detención y constituye una situación fáctica de pérdida de libertad de movimientos objeto del artículo 17.1 CE. En el mismo sentido el Tribunal Constitucional en Sentencias posteriores⁶⁷¹, afirma que las detenciones acordadas al margen de los supuestos de ejecución de órdenes de expulsión y devolución, no son “preventivas” a los efectos de lo dispuesto en el artículo 17.2⁶⁷² y

d) Detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de 72 horas previas a la solicitud de internamiento.

En cualquier otro supuesto de detención, la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a 72 horas.

⁶⁷⁰ SSTC 107/1984, de 23 de noviembre, F. J. 3º (RTC 1984, 107); 99/1985, de 30 de septiembre, F. J. 2º (RTC 1985, 99).

⁶⁷¹ SSTC 174/1999, de 27 de setiembre y 179/2000, de 26 de junio de 2000.

⁶⁷² Artículo 17 de la Constitución Española.

17.3⁶⁷³ CE, sino privaciones de libertad acordadas por la Administración (detenciones cautelares) sujetas a lo establecido en el artículo 17.1 CE ⁶⁷⁴, por lo que dicha detención deberá regirse estrictamente a lo que se encuentre previamente establecido en la ley. Por otro lado, para el Tribunal Constitucional el hecho de que pueda considerarse que en tales casos existe una privación de libertad enmarcada dentro de los alcances del artículo 17.1 CE, no significa que en otros casos de detención de extranjeros, no puedan aplicarse las garantías que establece el artículo 17.2 CE⁶⁷⁵, ello dependerá de cada caso concreto, en el cual se deberá determinar si se ha vulnerado o no el artículo 17.2 CE, o en su defecto, remitirnos a lo establecido en el artículo 17.1 CE.

En ese sentido el TC ha afirmado reiteradamente que tienen el carácter de situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente, entre otras, las detenciones impuestas en materia de extranjería⁶⁷⁶, que es una detención de tipo especial pues no se deriva como consecuencia de un proceso penal incoado al extranjero, ni tampoco de la comisión de algún delito, pero que de igual forma posee garantías constitucionales. En conclusión las detenciones de extranjeros en el ámbito del derecho de extranjería, gozan de protección constitucional, pero dependiendo de las circunstancias en las que se producen dichas privaciones de libertad, se acogerán a la protección del artículo 17.1 o en su defecto del 17.2 CE.

2.4.2 Duración de la detención

Con respecto a la duración de la detención de extranjeros en situación irregular, debemos señalar que la protección del artículo 17.1CE, se remite al desarrollo legal que pueda haberse realizado en la materia. Como nos encontramos frente a detenciones en

2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

⁶⁷³ Artículo 17 de la Constitución Española.

3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.

⁶⁷⁴ Artículo 17 de la Constitución Española.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma prevista en la ley.

⁶⁷⁵ STC 174/1999, de 27 de septiembre, F. J. 2 (RTC 1999, 174) y STC 179/2000, de 26 de junio, F. J. 2. y 3 (RTC 2000, 179).

⁶⁷⁶ Entre ellas tenemos las SSTC 115/1987, de 7 de julio; 21/1996, de 12 de febrero; 174/1999, de 27 de septiembre; 179/2000, de 26 de junio y 94/2003, de 19 de mayo.

materia de extranjería, debemos remitirnos a la LO 4/2000 la cual en su artículo 61.1 d)⁶⁷⁷, establece que el plazo máximo de detención será de 72 horas, plazo que es coincidente con el contenido en el artículo 17.2 CE, pero que como hemos visto protege otras situaciones de privación de libertad.

Debemos hacer hincapié en que en el límite impuesto por la Ley de Extranjería, se enmarcan tanto las detenciones para asegurar o ejecutar una orden de expulsión, como cualquier otro supuesto de detención de extranjeros en situación irregular, incluyéndose los casos en los que exista una orden administrativa vigente, como es el caso del retorno, devolución o incumplimiento de la obligación de abandonar el territorio nacional.

Es importante resaltar que dicho precepto debe ser interpretado en función de su carácter excepcional al ser una medida privativa de libertad, por lo tanto la medida no puede prolongarse, como regla general, hasta el plazo máximo, sino que debe durar "el tiempo estrictamente necesario para realizar el fin al que sirve la privación cautelar de libertad", por lo que su duración podrá ser inferior a las setenta y dos horas, así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en su STC 86/1996⁶⁷⁸. Por lo tanto la estancia en las dependencias policiales debe durar el menor tiempo posible, por lo que si la decisión de expulsión no está adoptada, el extranjero, una vez identificado y notificada la incoación del expediente sancionador, podrá abandonar las dependencias policiales.

Por otro lado, queremos hacer hincapié en una situación excepcional, aquella de las personas que al pretender ingresar a España no cuenten con los requisitos legales para ello (denegación de entrada) y que en dicho momento soliciten asilo, en cuyo caso el plazo máximo de detención, según lo establecido en el artículo 21.1 y 21.3 de la LO 12/2009 Reguladora del Derecho de Asilo, es de 4 días, pudiendo ampliarse excepcionalmente hasta 10 días si la Agencia de la ONU para los Refugiados, a partir de

⁶⁷⁷ Artículo 61 Medidas cautelares

1. Desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión, el instructor, a fin de asegurar la resolución final que pudiera recaer, podrá adoptar alguna de las siguientes medidas cautelares:

d) Detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de 72 horas previas a la solicitud de internamiento.

En cualquier otro supuesto de detención, la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a 72 horas.

⁶⁷⁸ STC 86/1996, de 21 de mayo (RTC 1996,86).

ahora ACNUR lo solicita y sólo en caso de que el solicitante incurra en alguno de los supuestos de exclusión o de denegación previstos en la Ley; estos plazos difieren de lo establecido en la Ley de Extranjería, la misma que ha sido diseñada siguiendo las pautas del artículo 17.2 CE. Los plazos establecidos por la Ley de Asilo, determinan que una detención por el motivo de haber solicitado asilo sin contar con los requisitos para entrar legalmente a España se prolongue más allá del plazo de 72 horas, dicha previsión legal la consideramos acorde a la Constitución dado que, como ya hemos visto, el artículo 17.1 CE contempla la posibilidad de realizar detenciones que tengan como base lo establecido en una Ley. En este caso nos encontramos frente a una Ley Orgánica⁶⁷⁹, que al ser de tal naturaleza puede restringir derechos fundamentales, como es el caso de la libertad.

Asimismo, debemos reiterar que la Jurisprudencia del TC⁶⁸⁰ ha establecido que la protección constitucional de las privaciones de libertad en el ámbito de extranjería no sólo se basan en lo establecido en el artículo 17.1 CE, sino también de manera excepcional en el artículo 17.2 CE. En este sentido la STC 95/2012 de 07 de mayo, hace hincapié en los dos plazos de detención que contempla el artículo 17.2 CE; que como vimos anteriormente en la detención preventiva nos referimos al plazo relativo y al plazo máximo absoluto. En la citada sentencia se establece que procede el Habeas Corpus (del cual hablaremos más adelante), no sólo en los casos en los cuales la detención se prolonga más allá de las 72 horas, sino que también es procedente en aquellos casos en los cuales la detención ha sido menor a ese tiempo, si dicho tiempo no es justificado en relación a las actuaciones que ha sido necesario realizar para el esclarecimiento de los hechos.

Como podemos apreciar, cuando se produce la detención de un extranjero para verificar su situación administrativa, o en su defecto para ejecutar una orden de devolución o expulsión, dicha privación de libertad no puede exceder del plazo necesario para ejecutar la expulsión o devolución, o realizar las actuaciones que esclarezcan los hechos, pudiendo ser como máximo de 72 horas, si en ese término no se

⁶⁷⁹ Puede verse entre otras : SSTC, 160/1986, de 16 de diciembre o 118/1992, de 16 de septiembre.

⁶⁸⁰ STC 174/1999, de 27 de setiembre, en la citada sentencia se declaró que existió vulneración del artículo 17.2 CE en el caso de la detención de un ciudadano chino que había contravenido una orden de prohibición de entrada a España. Se estableció que al no haber una resolución actualizada de devolución su privación de libertad era una detención preventiva protegida por el artículo 17.2 CE.

ha logrado el objetivo de la detención, la persona debe quedar en libertad, así se encuentre con orden de expulsión o devolución actual, salvo que sea puesta a disposición judicial y se determine su internamiento en un CIE. Como es de verse, si transcurre dicho plazo y la persona sigue privada de su libertad, la detención deviene en ilegal y le es aplicable la garantía jurídica del Habeas Corpus⁶⁸¹ de la cual hablaremos posteriormente.

2.4.3 Situaciones que determinan la detención de extranjeros

Como ya hemos adelantado el artículo 61.1 d) de la Ley de Extranjería, el artículo 61.1 LO 4/2000, modificado por LO 11/2003, de 29 de septiembre establece: *"1. Desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión, el instructor, a fin de asegurar la resolución final que pudiera recaer, podrá adoptar alguna de las siguientes medidas cautelares: ...d) Detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un periodo máximo de 72 horas previas a la solicitud de internamiento. En cualquier otro supuesto de detención, la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a 72 horas..."*.

Como podemos ver los supuestos de detención no aparecen enumerados en la ley, pero se deducen de la propia normativa; en el primer supuesto, la detención del extranjero ordenada en el momento de la incoación de un expediente sancionador que tenga como finalidad la expulsión; en el segundo supuesto, será por cumplimiento de una resolución de expulsión⁶⁸², cuando un extranjero deba abandonar el territorio nacional de manera obligatoria por denegación administrativa o falta de autorización de residencia⁶⁸³; y en tercer lugar, los supuestos de devolución y retorno. De igual forma debemos mencionar la detención de extranjeros en las famosas "redadas de

⁶⁸¹ Contemplada en el Artículo 17.4 CE.

⁶⁸² Artículo 64 Ejecución de la expulsión

1. Expirado el plazo de cumplimiento voluntario sin que el extranjero haya abandonado el territorio nacional, se procederá a su detención y conducción hasta el puesto de salida por el que se deba hacer efectiva la expulsión. Si la expulsión no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, podrá solicitarse la medida de internamiento regulada en los artículos anteriores, que no podrá exceder del período establecido en el artículo 62 de esta Ley.

⁶⁸³ Artículo 64 Ejecución de la expulsión

4. Cuando un extranjero sea detenido en territorio español y se constate que contra él se ha dictado una resolución de expulsión por un Estado miembro de la Unión Europea, se procederá a ejecutar inmediatamente la resolución, sin necesidad de incoar nuevo expediente de expulsión. Se podrá solicitar la autorización del Juez de instrucción para su ingreso en un centro de internamiento, con el fin de asegurar la ejecución de la sanción de expulsión, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley.

inmigrantes”, cuya finalidad es la verificación por parte de las autoridades policiales de la identificación y situación administrativa de la persona. A continuación desarrollaremos dichas modalidades.

a) Detención por incoación de un procedimiento de expulsión

Este supuesto como lo hemos adelantado viene expuesto claramente en el artículo 61.1 d) de la LO 4/2000, nos encontramos así con la detención acordada por la Autoridad Gubernativa durante la tramitación del expediente sancionador, en el que se formula la propuesta de expulsión con la finalidad de asegurar dicha medida, haciéndose hincapié en que el periodo máximo de la detención en cualquier supuesto será de 72 horas, siendo competente para acordar la detención del extranjero, según el artículo 61.1 d) de la LO 4/2000, la autoridad competente o sus agentes. Para determinar la autoridad competente, debemos remitirnos al artículo 219.2 del Reglamento de Extranjería aprobado mediante Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, que dispone que serán competentes para ordenar la incoación del procedimiento sancionador, los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas Uniprovinciales, los Subdelegados del Gobierno, los Jefes de Oficinas de Extranjería, el Comisario General de Extranjería y Fronteras, el Jefe Superior de Policía, los Comisarios Provinciales y los titulares de las Comisarías locales y puestos fronterizos.

Como podemos apreciar no quedan dudas con respecto a la autoridad, pero no se da el mismo caso en el caso de los denominados por la Ley como “sus agentes”. Teniendo en cuenta que las competencias en materia de extranjería están atribuidas al Cuerpo Nacional de Policía conforme al artículo 12.1, literal a) de la LO 2/1986, serán en principio los agentes policiales los encargados de proceder a la detención de los extranjeros, sin embargo, ello no impide que otras Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en el ejercicio de sus funciones, como la custodia de fronteras que se encomienda a la Guardia Civil, puedan proceder a la detención e identificación de extranjeros y a su traslado en el plazo más breve posible⁶⁸⁴.

⁶⁸⁴ MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, cit., pág. 130.

Debemos aclarar que la medida cautelar de detención reseñada, puede ser adoptada durante la tramitación de cualquiera de los dos procedimientos de expulsión (ordinario y preferente) previstos en la Ley de Extranjería y que la detención como tal, en ningún caso, debe exceder el plazo de 72 horas; si se ha incoado un procedimiento ordinario, transcurrido ese plazo la persona debe ser puesta en libertad y proseguirse la tramitación del proceso con el extranjero sin medida privativa de libertad. Por el contrario si a la persona se le ha incoado un procedimiento preferente de expulsión, luego de las 72 horas, y si concurren las circunstancias previstas en la Ley⁶⁸⁵, el detenido pasará a disposición judicial, a fin de que se determine la viabilidad de ingresarlo en un CIE. Sobre este tema hablaremos en profundidad más adelante.

Con respecto a la protección constitucional de este supuesto de detención, debemos afirmar que no se trata de una detención preventiva (Art. 17.2 CE), sino que por el contrario se encuentra bajo el paraguas del artículo 17.1CE, dado que existe una norma legal (El artículo 61.1 d) de la LO 4/2000) que prevé la detención cautelar de extranjeros en situación irregular, como consecuencia de la incoación de un procedimiento administrativo sancionador. Al respecto el Tribunal Constitucional⁶⁸⁶, estableció que en la Ley de Extranjería se ha respetado el principio de legalidad y la exigencia de Ley Orgánica para establecer una causa de restricción o pérdida de libertad. De igual forma, en otro fallo ⁶⁸⁷ ha establecido que no hay violación del derecho a la libertad en la detención de los extranjeros por motivo de la incoación de un expediente de expulsión, por cuanto dicha privación de libertad ha sido motivada por la incoación de un expediente sancionador y porque existe una norma con rango de ley (La LO 4/2000) que contempla dicha situación. El TC en otra sentencia posterior⁶⁸⁸, a fin de justificar la detención derivada de un expediente de expulsión, ha establecido que para la imposición de tal medida, se exige la creencia de que el extranjero ilegal está en riesgo de fuga, siendo necesario asegurar la ejecución de la expulsión.

⁶⁸⁵ Por carecer de domicilio o documentación acreditativa; cuando la persona extranjera evite o dificulte la expulsión; O cuando la persona represente un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional (Art. 63.1 de la LO 4/2000).

⁶⁸⁶ STC 115/1987, de 7 de julio, F. J. 1.

⁶⁸⁷ STC 2/1994, de 17 de enero .

⁶⁸⁸ STC 86/1996, de 21 de mayo.

Al respecto debemos señalar que un sector de la doctrina dudó de la constitucionalidad de esta medida⁶⁸⁹, entre ellos MOYA⁶⁹⁰ quien considera que se permite la detención preventiva por autoridad gubernativa por causas que no constituyen delito ni, tampoco necesariamente, infracción administrativa, porque puede ser que la persona se encuentre en situación regular en España. De igual forma Gimeno Sendra⁶⁹¹, entiende que se trata de una detención atípica, no cubierta por el artículo 17 CE y el artículo 489 LECRIM, sin que se pueda predicar de la misma la plena naturaleza de las medidas cautelares, entendiéndose que posee una dudosa legitimidad constitucional. En ese sentido PORTILLA⁶⁹² expresa que se permite la detención preventiva por una autoridad gubernativa por causas que no son constitutivas de delito, y a veces ni siquiera de infracción de la normativa de extranjería, ya que salvo el requisito de estancia ilegal, podría presumirse que se trata de extranjeros que se encuentran legalmente en España.

Por nuestra parte pensamos que la detención por incoación de un expediente administrativo de expulsión, al estar contemplada expresamente en la Ley de Extranjería, que por cierto es una Ley Orgánica, se encuentra perfectamente articulada con lo establecido en la Constitución Española, por lo cual las detenciones de personas que tengan como base dicha motivación son típicas y resultan constitucionales, aplicándose al detenido la protección constitucional del artículo 17.1 CE.

b) Detención por incumplimiento de la orden de expulsión

En este supuesto nos encontramos ante una detención motivada por la emisión previa de una resolución de expulsión, tal es el caso de que habiéndose tramitado un expediente sancionador sin haberse dictado medida de detención ni internamiento en un CIE⁶⁹³, se notifique al interesado la resolución en la cual se decide su expulsión,

⁶⁸⁹ MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, 2006, cit , pág. 132.

⁶⁹⁰ MOYA ESCUDERO, M., “La expulsión de extranjeros del territorio nacional: dudosa garantía de los derechos fundamentales”, *La Ley*, núm. 1370, de 17 de enero de 1986, pág. 3.

⁶⁹¹ GIMENO SENDRA, V., y otros, *Derecho Procesal, Tomo II, Proceso Penal*, 3a edición, 1991, págs. 358 y 359.

⁶⁹² PORTILLA CONTRERAS, O., *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Edersa, Madrid, 1990, pág. 277.

⁶⁹³ En los procedimientos administrativos de expulsión, por supuestos distintos a los previstos en el artículo 63, letras a) y b) del apartado 1 del artículo 54, y letras a), d) y f) del artículo 53), la tramitación no tendrá carácter preferente. Además tampoco será necesaria la detención y el internamiento del extranjero mientras se tramita el expediente.

otorgándosele un plazo para que abandone el país (entre 7 y 30 días). En el caso de que el extranjero no salga de España en ese periodo, la autoridad gubernativa podrá dictar la orden de detención para conducirlo hacia los puestos de salida del país y de no ser posible su expulsión en el plazo de 72 horas, podrá solicitar ante el Juez la medida de internamiento en un CIE (Art. 64.1 de la LO 4/2000). Asimismo, debemos aclarar que en este caso la LO 4/2000, dispone que se procederá a ejecutar inmediatamente la resolución, sin necesidad de incoar nuevo expediente de expulsión, dichas normas deben ser concordadas con el artículo 28 de la LO 4/2000, que en su apartado 3, b) y c)⁶⁹⁴ dispone la salida obligatoria, en virtud de una expulsión o devolución acordadas por resolución administrativa, en los casos previstos en la ley y en los supuestos de denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para permanecer en España, o falta de autorización para encontrarse en el país.

Al respecto debemos señalar que el Tribunal Constitucional ha introducido el requisito de actualidad en la orden de expulsión o devolución⁶⁹⁵, en ese sentido la STC 174/1999⁶⁹⁶, señala que si a la situación de compulsión personal en la "zona de rechazados" no precede una orden actual de expulsión o devolución, la situación sólo puede calificarse de detención preventiva, aplicándose en consecuencia el límite máximo de setenta y dos horas contadas desde el inicio de la situación de privación de libertad. En efecto, si la orden de la autoridad gubernativa existe y no ha sido aún cumplida, el extranjero se encontraría obligado a cumplir dicha orden sin necesidad de una nueva y por el contrario, si la resolución administrativa fue en su momento cumplida, y posteriormente quebrantada, es necesario que exista nueva resolución acordando la salida de España para contemplar el supuesto de compulsión forzosa; en caso contrario, estaríamos ante una detención preventiva⁶⁹⁷ sujeta al límite constitucional⁶⁹⁸ de las 72 horas.

⁶⁹⁴ 3. La salida será obligatoria en los siguientes supuestos:

b) Expulsión o devolución acordadas por resolución administrativa en los casos previstos en la presente Ley.

c) Denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para continuar permaneciendo en territorio español, o falta de autorización para encontrarse en España.

⁶⁹⁵ MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, cit., pág. 135.

⁶⁹⁶ STC 174/1999, de 27 de septiembre.

⁶⁹⁷ Que se encontraría dentro de los alcances del artículo 17.2 CE.

⁶⁹⁸ No confundir con el límite de 72 horas establecido en el artículo 61.1 d) de la LO 4/2000, que es acorde a lo establecido por el artículo 17.1 CE.

Según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, las detenciones que tienen por finalidad la expulsión no tienen la misma protección que aquellas referidas a prevenir la comisión de un delito o falta, o la huida del infractor⁶⁹⁹, sin embargo dichas detenciones serán arbitrarias si no se registra la fecha, tiempo y localización de las personas ingresadas, así como la identificación de la persona o personas que han ordenado y mantenido la detención y el lugar hacia el cual han sido expulsadas; en este caso el TEDH considera que si no se registra la información antes acotada, no se tendría conocimiento de la terminación de la privación de libertad⁷⁰⁰.

Por otro lado, se ha planteado otra cuestión relativa a determinar el momento exacto del arresto, siendo importante ello para dilucidar si se llevó a la persona ante el Juez dentro del periodo establecido por la ley. En este caso, si existe controversia y el Estado no es capaz de demostrar cuándo fue arrestada la persona, el beneficio de la duda le es dado al detenido, dado que es obligación de las autoridades registrar y facilitar los datos relativos a las detenciones de las personas⁷⁰¹. De igual forma se establece que, en el contexto de la privación de libertad de una persona, se espera que el Estado actúe de buena fe no ocultando la intención de materializar la detención, de manera que las personas puedan actuar para defender su libertad. Al respecto, el Tribunal sostiene que la detención debe quedar registrada desde el principio, porque caso contrario nos encontraríamos frente a una detención no reconocida⁷⁰².

En ese sentido el TEDH sostiene que para que la privación de libertad se encuentre ajustada al artículo 5.1 f) CEDH (que permite la detención de extranjeros incurso en un procedimiento de expulsión o extradición o para impedir su entrada ilegal), la detención ha de ser legal y acorde con el procedimiento que contemple la Ley de cada país, poniendo de manifiesto que, si bien es cierto es importante respetar la ley interna de cada país, también debe tomarse en consideración que cualquier medida

⁶⁹⁹ SSTEDH, Asunto *Kolesnik c. Rusia*, de 17 de junio de 2010, apdo. 80; Asunto *Efremidze c. Grecia*, de 21 de junio de 2011, apdo. 52; Asunto *M. y otros c. Bulgaria*, Sentencia de 26 de julio de 2011, apdo. 61. ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Derecho a la libertad y seguridad”, cit., pág. 152.

⁷⁰⁰ STEDH de 13 de abril de 2010, Asunto *Ranjbar y otros c. Turquía*, apdos. 42 y 43. ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Derecho a la libertad y seguridad”, cit., pág. 152.

⁷⁰¹ STEDH, de 9 de noviembre de 2010, Asunto *Salayev c. Azerbaiyán*, apdo. 39. ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Derecho a la libertad y seguridad”, cit., pág. 141.

⁷⁰² STEDH, de 4 de diciembre de 2014, Asunto *Navalnyy y Yashin c. Rusia*, apdos. 94 y 95. ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Derecho a la libertad y seguridad”, cit. pág. 118.

privativa de libertad debe ser compatible con el artículo 5 CEDH, cuya finalidad, como ya hemos advertido, es proteger a la persona de la arbitrariedad⁷⁰³.

Asimismo, el TEDH también realiza una diferenciación entre las órdenes de expulsión administrativas y judiciales, señalando que en el caso de las primeras sí justificarían que llevaran aparejadas una medida de detención con la finalidad de preservar el orden público y evitar su fuga; pero con respecto a las órdenes judiciales de expulsión, estima que no tienen la misma entidad. En ese sentido el Tribunal no admitió que la solicitud de un fiscal, con respecto a una detención, constituya ley de suficiente entidad para ordenar la privación de libertad⁷⁰⁴.

La detención para fines de ejecución de una orden de expulsión no es una detención preventiva, se trata de una detención especial (cautelar) la cual se encuentra bajo la protección del artículo 17.1 de la Constitución Española, porque existe una orden administrativa vigente que debe ser cumplida, y para ello resulta necesario aplicar una de las medidas cautelares establecidas en el artículo 61 de la Ley de Extranjería, en este caso la detención cautelar, dicha detención no podrá durar más de 72 horas, dado que así lo establece la LO 4/2000. En el caso que las autoridades estimen que la ejecución de la orden de expulsión no va a ser posible dentro de dicho plazo, deberán poner al detenido bajo disposición judicial, a fin de que el Juez competente determine si es viable su internamiento en un CIE, mientras se realizan los trámites respectivos para su expulsión.

c) Detención para devolución o por denegación de entrada

Otra de las situaciones en las que se puede producir la detención de extranjeros está referida a los supuestos de denegación de entrada, denominada en la doctrina como retorno y en los supuestos de devolución. Acerca de la naturaleza jurídica y matices de ambas figuras nos referiremos en los próximos capítulos por lo cual sólo abordaremos su desarrollo desde el punto de vista de la detención.

⁷⁰³ ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Derecho a la libertad y seguridad”, cit., pág. 126.

⁷⁰⁴ STEDH, A de 6 de marzo de 2001, Asunto *Dougoz c. Grecia*, apdos. 56-57. ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Derecho a la libertad y seguridad”, cit., pág. 153.

La devolución se regula como una especie de expulsión por procedimiento sumario que no precisa de expediente administrativo⁷⁰⁵, a ella se refiere el artículo 58.3 de la LO 4/2000: “...3. No será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos: a) Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España; y, b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país...”. Así, para llevar a cabo la devolución de los que contravengan la prohibición de entrada en España, será necesario trasladar al extranjero al puesto fronterizo desde donde deberá efectuar la salida del territorio nacional, medida que, por las circunstancias de tiempo y lugar, evidentemente supone una privación de libertad que la Ley autoriza por un plazo no superior a setenta y dos horas, pero cuando la devolución no se pudiera ejecutar en ese plazo, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión⁷⁰⁶, la cual se configura como una medida necesaria para asegurar la ejecución forzosa de la orden. De acuerdo a la Jurisprudencia del TC en la ya mencionada STC 174/1999, no se trataría de una detención preventiva si no de una privación de libertad que encontraría su cobertura legal en lo dispuesto en el artículo 104 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas, lo que equivale a decir que se enmarcaría dentro de las medidas de compulsión personal contempladas para el cumplimiento de las resoluciones administrativas.

A diferencia de la devolución, la denegación de entrada (regreso) de los extranjeros, conforme al artículo 60 de la LO 4/2000, implica el regreso forzoso de los extranjeros rechazados en frontera, los mismos que deberán regresar a su punto de origen en el más breve plazo. En esos términos el artículo 60.1 de la Ley 4/2000 establece: “Los extranjeros a los que en frontera se les deniegue la entrada según lo previsto por el artículo 26.2 de esta Ley, estarán obligados a regresar a su punto de origen”, la resolución de la denegación de entrada, conllevará la adopción inmediata de las medidas necesarias para que el extranjero regrese en el plazo más breve posible; cuando el regreso fuera a retrasarse más de setenta y dos horas, la autoridad que hubiera denegado la entrada, se dirigirá al Juez de Instrucción para que determine el lugar donde deberán ser internados hasta su salida forzosa del país.

⁷⁰⁵ MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, cit., pág. 136.

⁷⁰⁶ Artículo 58.6 de la LO 4/2000.

Respecto a su naturaleza jurídica, en los supuestos de detención para el regreso de los extranjeros (denegación de entrada), podemos decir que se trata de una privación de libertad a la cual se le aplicarían las garantías del artículo 17.1 CE (detención cautelar), por cuanto en la LO 4/2000, se establece que el plazo máximo de dicha privación de libertad es de setenta y dos horas y de igual forma en la detención motivada por la pretensión de ingreso ilegal en España, que es uno de los supuestos de la devolución, se aplican también dichas garantías. Por el contrario, en el caso de una detención de un extranjero que ha incumplido una prohibición de entrada en vigor (segundo supuesto de la devolución), se le aplican las garantías del artículo 17.2 (detención preventiva), por cuanto, como ya hemos visto, no existiría en el momento de su detención una orden actualizada de devolución, así lo ha establecido la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁷⁰⁷.

Como es de verse en ambos supuestos, la Autoridad administrativa estará vinculada por la facilidad, o no, de llevar a cabo la devolución o el regreso, de tal manera que si la materialización de la salida fuera a retrasarse más de 72 horas, deberá acudir a la autoridad judicial para que decida dónde permanecerá el extranjero hasta su salida⁷⁰⁸. En estos supuestos, el expediente del extranjero será puesto a disposición del Juez de Instrucción competente, para que decida sobre la viabilidad de ingresar a la persona en un Centro de Internamiento para extranjeros, de darse el caso el Juez emitirá la orden judicial respectiva, y el extranjero será conducido a alguno de los CIE en los cuales exista plaza disponible, pudiendo permanecer internado en dicho lugar el tiempo que sea necesario para ejecutar la devolución o el retorno, hasta un límite máximo de sesenta días.

Asimismo, debemos señalar que el TC equipara también la legitimidad del extranjero para impugnar su detención administrativa, empleando tanto el procedimiento de Habeas Corpus como la vía administrativa ordinaria o la contencioso administrativa, en su caso. En ese sentido la STC 174/1999, admite tal posibilidad en la ejecución forzosa de una orden de devolución, estableciendo que dicha orden no excluye por sí la posibilidad de presentarse un procedimiento de habeas corpus, estableciendo: "...En este sentido ante una situación de compulsión o sujeción personal

⁷⁰⁷ STC 174/1999, de 27 de setiembre.

⁷⁰⁸ MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, cit., pág. 137.

será función del Juez del habeas corpus comprobar si existe propiamente una "orden de devolución" o si, por no concurrir aquella resolución administrativa, se trata de una situación de detención preventiva (que a su vez podrá ser lícita o ilícita)"....⁷⁰⁹. Por otro lado, debemos señalar que en anteriores pronunciamientos el TC⁷¹⁰ hizo hincapié en la consideración del habeas corpus como garantía procesal aplicable a todos los supuestos de privación de la libertad no acordadas judicialmente.

c.1 Detención en sala de rechazados de los aeropuertos

Como hemos visto anteriormente el TC en sus SSTC 107/1984 y 99/1985 ya reconocía que el derecho fundamental a la libertad personal del artículo 17 CE, era un derecho del ser humano que correspondía por igual a los españoles y extranjeros, además, esta libertad se debe reconocer en todo el territorio nacional, incluidos los puestos fronterizos y las "zonas internacionales", "Salas de Rechazados" o lugares que disponen los Estados para el tránsito de viajeros. La estancia obligatoria de los extranjeros en las zonas internacionales o salas de rechazados de los aeropuertos, debe ser considerada como una privación de libertad, sin que el hecho de que quepa la posibilidad de que el extranjero pueda voluntariamente abandonar el país⁷¹¹, impida considerar que no existe dicha privación de libertad.

Con respecto a ello el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, señala que si bien es cierto que el mantenimiento de los extranjeros en la zona internacional del aeropuerto no es una privación de libertad, salvo que se prolongue excesivamente, las personas sujetas a estas medidas tienen derecho a la asistencia legal y social, así como a que la prolongación de la detención sea sometida a consideración de los Tribunales competentes⁷¹², el TEDH afirma que, si dichos Tribunales declararan la ilegalidad de la detención en el aeropuerto, la prolongación de dicha detención sería una privación de libertad constitutiva de vía de hecho⁷¹³ y aunque permanezca en la zona de tránsito del

⁷⁰⁹ STC 174/1999, de 27 de setiembre, F.J. 4º.

⁷¹⁰ SSTC 31/1985, F.J. 6º, de 5 de marzo; 341/1993, F.J. 6º, de 18 de noviembre y 21/1997, F.J. 6º, de 10 de febrero.

⁷¹¹ Posibilidad que, como ha señalado la STC 174/1999, de 27 de septiembre de 1999, FJ 5, es bastante remota dados los impedimentos económicos y los requisitos de entrada de terceros países. En similar sentido se pronunciado en su STC 179/2000 FJ 6.

⁷¹² ARRESE IRIONDO, Mª. N., "Derecho a la libertad y seguridad", cit., pág. 150.

⁷¹³ STEDH, de 24 de enero de 2008, Asunto *Riad e Idiab c. Bélgica*, apdo. 75. ARRESE IRIONDO, Mª. N., "Derecho a la libertad y seguridad", cit., pág. 150.

aeropuerto, la persona está bajo potestad del Estado, así no se haya cruzado su frontera, salvo que el aeropuerto tenga el status de extraterritorialidad⁷¹⁴. Asimismo, el Tribunal Europeo sostiene que a pesar de que exista la posibilidad de abandono “hacia afuera” de la zona de tránsito del aeropuerto, dicha situación no deja de ser un confinamiento⁷¹⁵.

Por otro lado, el TC ha establecido que en ciertas situaciones las privaciones de libertad que se llevan a cabo en las Salas de Rechazados de los aeropuertos, tienen el carácter de detención preventiva, siéndoles aplicables las garantías del artículo 17.2 CE. Tal es el caso de la STC 174/1999, Fundamento Jurídico 4º en la cual se declaró la vulneración del derecho a la libertad de un ciudadano chino, al cual se le detuvo por contar con una prohibición de entrada a España, manteniéndosele primero en una Delegación Policial por espacio de 71 horas y luego se le trasladó a la zona de rechazados del aeropuerto de Las Palmas, zona en la cual estuvo retenido sin habersele emitido orden de devolución por más de 24 horas. En dicho caso, el TC consideró que a la persona se le había practicado una detención preventiva que excedió el plazo máximo de 72 horas establecido en la Constitución, puesto que se consideró que la privación de libertad se dio desde el momento de su detención hasta su liberación, sumándose además los periodos de tiempo que estuvo en la Delegación Policial y en el Aeropuerto. La referida detención se consideró excepcionalmente como preventiva, debido a que en aquel caso no existía una orden actual de expulsión, pues la anterior ya había sido quebrantada por el extranjero al ingresar nuevamente a territorio español, ni tampoco se emitió dentro del plazo de las 72 horas la orden de devolución que correspondía.

El caso antes mencionado es excepcional, por lo que cabe aclarar que no todas las detenciones o privaciones de libertad que se lleven a cabo en las Salas de Rechazados de los aeropuertos son consideradas detenciones preventivas. Tal es el caso de la STC 55/1996, Fundamento Jurídico 3º, en la cual el TC no consideró que hubo detención preventiva en el caso de dos ciudadanos nigerianos que fueron rechazados al intentar ingresar en España por carecer de documentación, en dicho caso no se amparó a los recurrentes pues el máximo Tribunal consideró que las personas no habían sido

⁷¹⁴ STEDH, de 12 de febrero de 2009, Asunto *Nolan y K c. Rusia*, apdos. 95, 96 y 99. ARRESE IRIONDO, Mª. N., “Derecho a la libertad y seguridad”, cit., pág. 150.

⁷¹⁵ SSTEDH, Asunto *Amuur c. Francia*, de 25 de junio de 1996, apdos. 43- 48; Asunto *Riad e Idiab c. Bélgica*, Sentencia de 24 de enero de 2008, apdo. 68. ARRESE IRIONDO, Mª. N., “Derecho a la libertad y seguridad”, cit., pág. 150.

detenidas en España y que su permanencia en la Sala de Rechazados del Aeropuerto de Barajas, fue la consecuencia de la materialización de un procedimiento de retorno, previsto legalmente en la LO 4/2000, alcanzándole a dicha privación de libertad lo establecido en el artículo 17.1 CE.

En conclusión, las privaciones de libertad que se llevan a cabo en las zonas internacionales o salas de rechazados de los aeropuertos, pueden considerarse como detención preventiva solo en el caso de que no exista una orden de expulsión o devolución actualizada, siéndole aplicable en tal caso el artículo 17.2 CE. En los demás casos la privación de libertad, será la derivada del imperio de la ley (como es el caso de la Ley de Extranjería) y le será aplicable la protección constitucional del artículo 17.1 CE.

c.2 Detención en caso de solicitud de asilo

Por otro lado, también nos encontramos en situaciones en las cuales la privación de libertad en las zonas de rechazados de los aeropuertos se dan mientras se tramita una petición de asilo. En este caso suele suceder que el extranjero llega a un aeropuerto internacional, como es el caso de Barajas en Madrid, y al pasar por el control migratorio se detecta que no tiene los requisitos para entrar legalmente en territorio español, en dicho momento se iniciará el trámite de denegación de entrada (retorno) respectivo⁷¹⁶, pero muchas veces en paralelo el extranjero solicita asilo acogiéndose a lo establecido en la Ley 12/2009 de 30 de octubre, Reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de refugiado y mientras se resuelve la admisión o inadmisión del pedido de asilo, el extranjero deberá permanecer en el aeropuerto en zonas habilitadas para ello⁷¹⁷. En el caso de denegación del derecho de asilo, se procederá con el trámite respectivo de la denegación de entrada (retorno), en este caso el plazo máximo, como ya lo hemos advertido, según lo establecido en el artículo 21.1 y 21.3 de la LO 12/2009 es de 4 días, pudiendo ampliarse excepcionalmente hasta 10 días si el ACNUR lo solicita,

⁷¹⁶ Artículo 60.1 de la LO 4/2000.

⁷¹⁷ Artículo 21 Solicitudes presentadas en puestos fronterizos

1. Cuando una persona extranjera que no reúna los requisitos necesarios para entrar en territorio español presente una solicitud de protección internacional en un puesto fronterizo, el Ministro del Interior podrá no admitir a trámite la solicitud mediante resolución motivada cuando en dicha solicitud concurra alguno de los supuestos previstos en el apartado primero del artículo 20. En todo caso, la resolución deberá ser notificada a la persona interesada en el plazo máximo de cuatro días desde su presentación.

y sólo en caso de que el solicitante incurra en alguno de los supuestos de exclusión o de denegación previstos en la Ley.

Con respecto a dicha situación se pronunció el TEDH, señalando que la presentación de la solicitud de asilo implica la suspensión de toda orden de expulsión⁷¹⁸, contemplándose la posibilidad de detención, sólo en los casos en los cuales concurren motivos serios que la justifiquen⁷¹⁹. En esta materia no basta que la detención sea legal, sino que debe tomarse en consideración la legislación sobre asilo, por dicha razón las normas estatales, cuando contemplen una situación de privación de libertad, deben hacerlo de forma accesible y precisa, para evitar arbitrariedades y conciliar la protección del derecho fundamental con las necesidades de las políticas de inmigración, que son competencia exclusiva de cada Estado⁷²⁰. La detención en estos supuestos, según el Tribunal, estaría dirigida a impedir la entrada ilegal, dado que a la persona solicitante de asilo se le ha admitido temporalmente, sin que ello signifique que se haya declarado la legalidad de la entrada⁷²¹. En dicho caso, a pesar de que quizás no exista riesgo de fuga, la discrecionalidad de los Estados para decidir la procedencia o improcedencia de la detención es mayor, y es considerada como parte del procedimiento en el cual se dilucidará si se otorga o no el asilo⁷²².

Por su parte sobre la detención de un extranjero solicitante de asilo, el TC en su STC 179/2000⁷²³ estableció: *“En el caso que ahora enjuiciamos nos encontramos también ante un supuesto en el que la privación de libertad que ha padecido el recurrente tiene como objeto garantizar la ejecución del acto administrativo por el que se le deniega la petición de asilo ya que este acto, a tenor de lo dispuesto en el art. 17.1 de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo,*

⁷¹⁸ STEDH, de 23 de julio de 2013, Asunto *M.A c. Chipre*, , apdo. 209. ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Derecho a la libertad y seguridad”, cit., pág. 156.

⁷¹⁹ STEDH, de 22 de julio de 2010, Asunto *A.A c Grecia*, apdos. 90-94. ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Derecho a la libertad y seguridad”, cit., pág. 152.

⁷²⁰ SSTEDH, Asunto *Amuur c. Francia*, de 25 de junio de 1996, apdo. 50; Asunto *Saadi c. Reino Unido*, de 29 de enero de 2008, apdo. 64; Asunto *Rashed c. República Checa*, de 27 de noviembre de 2008, apdos. 68 y 71. ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Derecho a la libertad y seguridad”, cit., pág. 150.

⁷²¹ SSTEDH, Asunto *Saadi c. Reino Unido*, de 29 de enero de 2008, apdo. 66; Asunto *Rashed c. República Checa*, de 27 de noviembre de 2008, apdo. 68; Asunto *Suso Musa c. Malta*, de 23 de julio de 2013, apdo. 99; pág. 151. ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Derecho a la libertad y seguridad”, en *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, cit, pág. 156.

⁷²² STEDH, de 29 de enero de 2008, Asunto *Saadi c. Reino Unido*, , apdo. 64. ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Derecho a la libertad y seguridad”, cit., pág. 151.

⁷²³ STC 179/2000, de 26 de junio, F. J. 3.

reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de refugiado, determina, en este caso, el rechazo del extranjero en frontera cuando, como aquí ocurre, el solicitante no reúne los requisitos exigidos para entrar en España. Esta privación de libertad tiene, por tanto, una finalidad lícita -impedir la entrada ilegal en España de un extranjero; supuesto expresamente previsto en el art. 5.1 f) del Convenio Europeo de Derechos Humanos como uno de los casos en los que, en principio, se puede acordar una medida privativa de libertad- y además, como ya se ha señalado, se encuentra legalmente prevista”.

Como podemos apreciar en la citada sentencia, el TC considera que la privación de libertad llevada a cabo en el aeropuerto como consecuencia de una denegación de solicitud de asilo, no es una detención preventiva, sino una detención de tipo administrativo, que tiene por finalidad impedir la entrada ilegal en España, por lo tanto la protección que le alcanza es la establecida en el art. 17.1 CE.

d) Detención para efectos de identificación

Este supuesto de detención tendría lugar cuando los agentes de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado requieran al extranjero para que se identifique, y luego de esta indagación los agentes sospechen que el extranjero se encuentra en situación irregular⁷²⁴, en cuyo caso cabría el traslado de la persona a una dependencia policial a efectos de su identificación, posibilidad que contempla el artículo 16.1 y 16.2 de la Ley Orgánica de Protección de la Seguridad Ciudadana. El artículo 16.2 de la LO 4/2015 dispone: *“Cuando no fuera posible la identificación por cualquier medio, incluida la vía telemática o telefónica, o si la persona se negase a identificarse, los agentes, para impedir la comisión de un delito o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a las dependencias policiales más próximas en las que se disponga de los medios adecuados para la práctica de esta diligencia, a los solos efectos de su identificación y por el tiempo estrictamente necesario, que en ningún caso podrá superar las seis horas”.*

⁷²⁴ MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, cit., pág. 138.

Así, la identificación va a consistir en determinar la verdadera identidad de una persona y la constatación de tal identidad con los registros policiales de personas⁷²⁵, al respecto el artículo 4.1 de la LO 4/2000 establece: *“Los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y el deber de conservar la documentación que acredite su identidad, expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación en España”*. En ese sentido es innegable que la Policía, en razón de lo establecido en la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, podrá requerir a los extranjeros que se identifiquen en los términos previstos en el artículo 4.1 de la LO 4/2000.

El artículo 16.2 de la LO 4/2015, exige para proceder a la detención en estas circunstancias, la concurrencia de los siguientes requisitos:

- 1) Que la identificación no haya podido materializarse en el lugar donde se haya interceptado al extranjero, por no llevar un documento que acredite suficientemente su identidad. En este caso antes de requerir a un ciudadano para que acompañe a los agentes a una comisaría, deberán de agotarse todos los medios que puedan servir para identificar a la persona, según se deduce de la expresión *“de no lograrse la identidad por cualquier medio, incluida la vía telemática o telefónica”*;
- 2) La detención sólo podrá efectuarse en dos supuestos: para impedir la comisión de un delito o falta, o para sancionar una infracción administrativa que ya se ha cometido, como puede ser el hecho de hallarse ilegalmente en España;
- 3) El lugar al que trasladen a la persona deberá contar con los medios necesarios para la realización de las diligencias de identificación (llámese recursos informáticos y de telecomunicaciones);

⁷²⁵ MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, cit., pág. 139.

- 4) La detención sólo se realizará a los efectos de lograr la identificación de la persona y durará tan sólo el tiempo imprescindible para ello, con un máximo de seis horas.

En la práctica, si los agentes policiales alcanzan la convicción de que el extranjero ha infringido la legislación de extranjería, instarán a la autoridad competente para la apertura del oportuno procedimiento sancionador⁷²⁶, si en el marco de este procedimiento se formulase propuesta de expulsión, la autoridad competente en virtud de lo dispuesto en el artículo 61.1 d) LO 4/2000, podrá adoptar como medida cautelar la detención por un plazo no superior a 72 horas.

Debemos señalar que, el Tribunal Constitucional ha declarado constitucionales las detenciones con la finalidad de verificar la identidad de las personas⁷²⁷, las cuales denomina retenciones, habiéndose pronunciado sobre la derogada norma de Seguridad Ciudadana que también contemplaba dicha figura que, como ya hemos advertido, consideramos que dicha interpretación resulta aplicable a la vigente Ley de Seguridad Ciudadana, cuyo artículo 16.2 reproduce en términos similares tal situación. De igual forma el TC ha establecido⁷²⁸ que las detenciones acordadas al margen de los supuestos de ejecución de órdenes de expulsión y devolución, no son “preventivas” a los efectos de lo dispuesto en el artículo 17.2 y 3 CE, sino privaciones de libertad acordadas por la Administración sujetas al canon del artículo 17.1 CE⁷²⁹.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en la mencionada STC 341/1993⁷³⁰, parece reservar la denominación de detención sólo para las detenciones acordadas en el ámbito del artículo 490 de la Ley de Enjuiciamiento criminal⁷³¹, puesto que la detención

⁷²⁶ MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, cit., pág. 140.

⁷²⁷ STC 341/1993, de 18 de noviembre, F.J. 5, y STC 53/2002, de 27 de febrero.

⁷²⁸ STC 179/2000, de 26 de junio de 2000.

⁷²⁹ En este tipo de detenciones el contenido del artículo 17.1 CE nos remitiría a la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana que en su artículo 16.2 permite la retención de personas con fines de identificación.

⁷³⁰ STC 341/1993, de 18 de noviembre, F.J. 5.

⁷³¹ Artículo 490

Cualquier persona puede detener:

1. ° Al que intente cometer un delito, en el momento de ir a cometerlo.
2. ° Al delincuente, «in fraganti».
3. ° Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena.
4. ° Al que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su traslación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme.
5. ° Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior.

del extranjero cuya finalidad haya sido solamente la verificación de la identidad y la situación administrativa del detenido, constituye una retención policial. En ese sentido la STC 174/1999, la cual a nuestro entender complementa la interpretación realizada por la STC 341/1993, amplía la calificación de "detención preventiva" a la privación de libertad, derivada de aquellas situaciones de confinamiento administrativo que no son ejecución forzosa de resoluciones administrativas, tal sería el caso, entre otros, el referido a las detenciones para efectos de identificación, las cuales consideramos que en el caso de sobrepasar el límite máximo de seis horas impuesto por la LO 4/2015, pasaría de ser una retención policial a una detención ilegal o arbitraria.

En el ámbito europeo, debemos señalar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en términos de resolver dudas con respecto a la Directiva 2008/115/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2008, relativa a normas y procedimientos comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, ha determinado que *“la citada Directiva no se opone a una detención con objeto de determinar el carácter regular o irregular de la situación de un nacional de un tercer país”*⁷³². Como es de verse, dentro del marco europeo las denominadas “redadas”, practicadas a menudo por la Policía Nacional o local en lugares públicos a las personas extranjeras con el objeto de verificar su situación administrativa, estaría conforme a la normativa europea en la materia. De ello hablaremos más en profundidad en el siguiente capítulo.

Sin embargo, respecto de las retenciones policiales se ha pronunciado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, afirmando que la privación de libertad de muy corta duración no están excluidas del ámbito de protección del artículo 5 CEDH, salvo que la estancia de la persona en la Comisaría haya durado unas pocas horas, tiempo equivalente al estrictamente necesario para cumplirse las formalidades requeridas, quedando en este caso fuera del ámbito de protección del precepto antes indicado⁷³³. En este caso, si existiera la concurrencia de algún elemento de coerción, como por ejemplo la amenaza de conducirla a la fuerza y que no pueda marcharse sin

6. ° Al que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente.

7. ° Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía.

⁷³² STEDH de 6 de diciembre de 2011, *Achughbabian*, C-329/11, Rec. P. I-0000, apartado 29.

⁷³³ SSTEDH, , Asunto *Foka c. Turquía*, de 24 de junio de 2008, apdo. 75; Asunto *Osyenko c. Ucrania*, de 9 de noviembre de 2010, apdo. 47. ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Derecho a la libertad y seguridad”, cit., pág. 127.

autorización judicial, el TEDH ha sostenido que nos encontraríamos frente a una privación de libertad en toda regla⁷³⁴.

La detención de extranjeros a efectos de identificación presenta dudas de su legalidad según la doctrina, en ese sentido F. MODERNE⁷³⁵ afirma que si bien la Ley de Extranjería autoriza a los agentes para proceder a la detención preventiva del extranjero como medida cautelar, ésta tendría lugar en la fase final del procedimiento sancionador, ya que la expulsión es una sanción sustitutiva de la multa, sin embargo, no resulta tan clara la habilitación legal para que la Administración pueda acordar la detención preventiva del extranjero, antes de que se acuerde la incoación del procedimiento sancionador.

Por su parte, VILLAVERDE estima que *"la LO 4/2000 no prevé ni habilita a la Administración para practicar esa privación momentánea de libertad del extranjero mientras se formaliza la apertura del expediente sancionador, ni tampoco está presente en estos primeros momentos el interés general en el efectivo cumplimiento de la sanción, asegurando la efectiva ejecución de una hipotética orden de expulsión impidiendo que el extranjero se sustraiga a la misma; asimismo el artículo 61.1, d) LO 4/2000 al mencionar "otros supuestos de detención" no puede tomarse como norma habilitante para la misma, ya que se trata de un mandato a la Administración derivado de la garantía temporal que acompaña a estas detenciones administrativas"*⁷³⁶.

En esa secuencia de ideas, VILLAVERDE⁷³⁷ concluye que los agentes de policía no tienen habilitación legal para detener a un extranjero, ni tampoco tendrían competencia para instar a la autoridad competente para que proceda a la apertura del oportuno expediente sancionador. Tampoco estarían habilitados para solicitar al Juez de Instrucción su internamiento, ya que no está incurso en ninguna de las causas que

⁷³⁴ SSTEDH, Asunto *Foka c. Turquía*, de 24 de junio de 2008, apdos. 74-79; Asunto *Gillan y Quinton c. Reino Unido*, de 28 de junio de 2010, apdo.57; Asunto *Shimovolos c Rusia*, de 21 de junio de 2011, apdo. 50. ARRESE IRIONDO, M^a. N., "Derecho a la libertad y seguridad", cit., pág. 128.

⁷³⁵MODERNE, F., "Los derechos fundamentales de los extranjeros en Francia", en BIGLINO, P., *Ciudadanía y extranjería: Derecho nacional y Derecho comparado*, Mc Graw – Hill, Madrid, 1997, págs. 45 y ss.

⁷³⁶VILLAVERDE MENÉNDEZ, A. I., "El régimen jurídico-constitucional de la detención e internamiento de los extranjeros con ocasión de su expulsión del Estado", en PRESNO LINERA, M. A. (coord.), *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socio económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 185.

⁷³⁷ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Extranjeros e inmigración...*, cit., pág. 188.

permiten adoptar dicha medida y por consiguiente, no cabría sino la puesta en libertad del extranjero, libertad de la que sólo podría ser privado una vez incoado el procedimiento sancionador, si se formulase en ella propuesta de expulsión.

En el mismo sentido MARTÍNEZ ESCAMILLA afirma que “...*tampoco la LOEx contempla la “detención preventiva” en relación con los infractores del art. 53.1.a). Ciertamente recoge la posibilidad de detención, como medida cautelar, en el art. 61.1.d) LOEx. Esta medida, sin embargo, sólo puede adoptarse “desde el momento que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión” y por parte de instructor de dicho procedimiento. Ahora bien, en el momento en que se efectúa un control de identificación y el extranjero, indocumentado o no, no acredita su situación de estancia regular en territorio español, ni existe un procedimiento sancionador abierto ni, desde luego, el agente policial que, bajo su responsabilidad, acuerda la detención, es el instructor de un procedimiento inexistente. Por tanto, no se dan los presupuestos necesarios para que esta “detención preventiva” sea la “detención cautelar” a la que se refiere el art. 61.1.d) LOEx....*”⁷³⁸.

Por nuestra parte consideramos que existe una habilitación legal para proceder a detener a cualquier persona (español o extranjero) para efectos de su identificación, cuando dicha identificación no sea posible realizarla en el lugar de la intervención policial, el artículo 16.2 de la Ley de Seguridad Ciudadana, establece la figura de la retención policial para dichos efectos y precisa el plazo máximo de la misma que es de 6 horas; así la retención policial resulta legal y acorde a lo establecido en la CE, dado que el artículo 17.1 CE abre la posibilidad de que el legislador establezca situaciones limitativas del derecho a la libertad; esta posibilidad de establecer limitaciones al derecho a la libertad, ha sido examinada por el TC⁷³⁹, determinando en su oportunidad, que el derecho a la libertad no es un derecho absoluto y que por tanto se pueden imponer restricciones al mismo.

⁷³⁸ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.; SÁNCHEZ TOMÁS, J., *En la persecución y castigo del inmigrante “sin papeles”: Ilegalidad e inconstitucionalidad de determinadas prácticas policiales*, INMIGRAPENAL, Madrid, 2011, pág. 10.

⁷³⁹ STC 178/1985, de 19 de diciembre.

d.1 Situaciones que determinan la detención para efectos de identificación

Por nuestra parte consideramos que existen tres situaciones perfectamente diferenciadas que debemos tomar en consideración:

- La primera de ellas, es la referida a la situación de hecho en la cual el extranjero no posea documentación que acredite su identificación. En dicho caso no es necesario que se haya incoado un expediente de expulsión para proceder a su detención, con la finalidad de identificarlo, siendo legal y ajustada a derecho, por cuanto en virtud del comentado artículo 16.2 de la LO 4/2015, los agentes de la policía estarían facultados para solicitar la identificación de un extranjero, ante la sospecha de la comisión de una infracción administrativa, como es el caso de encontrarse en España sin tener el respectivo permiso de residencia. Dicha detención policial, que como hemos visto el Tribunal Constitucional denomina retención, podrá tener una duración máxima de 6 horas, luego de las cuales la persona deberá ser puesta en libertad, si en dicho plazo no se le ha incoado un procedimiento administrativo de expulsión.
- La segunda de ellas, está referida al caso de un extranjero sin orden de detención cautelar ni orden de devolución o retorno actual, que posea algún documento de identidad de su país u otro documento emitido en España que no sea su Tarjeta de Identidad de Extranjero, o en su defecto cuando dicha Tarjeta se encuentre caducada. En tal situación, los agentes policiales no tendrían cobertura legal para detenerlo a efectos de “identificación”, dado que la persona se encuentra perfectamente documentada y el mero hecho de no acreditar la situación de residencia legal en España, no está contemplado en norma legal alguna como causal de detención. En este caso de producirse la detención, *ésta tendría ribetes de detención arbitraria o ilegal y no preventiva*, dado que, como hemos afirmado, la detención preventiva sólo se da en los casos de flagrancia o sospecha fundada de la comisión de un delito o falta.

- La tercera situación que puede producirse, es aquella en la cual el extranjero documentado posea previamente a su detención, una orden de expulsión o devolución actual u orden de detención cautelar por incoación de procedimiento de expulsión. En este caso y una vez identificado, podrá ser detenido por los agentes policiales en base a las órdenes administrativas antes mencionadas. Dicha detención no se produciría dentro del marco de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, sino dentro de lo establecido en la Ley de Extranjería, tratándose por tanto de una detención cautelar.

d.2 Breve referencia a la Circular 1/2010 de 25 de enero, de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil

La detención de extranjeros y el control de la migración irregular es un tema importante y de honda preocupación para la Policía Nacional y la Guardia Civil, muestra de ello es que en el año 2010 emitió la Circular 1/2010 de 25 de enero, de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, denominada: *“Instrucciones sobre determinadas actuaciones policiales derivadas de la nueva Ley 2/2009, de 11 de diciembre, que modifica la LO 4/2000, de 11 de enero, de extranjería y recordatorio de otras actuaciones”*.

En la citada Circular, se hace hincapié en la labor del Comisario General de Extranjería y Fronteras, el Jefe Superior de Policía, los Comisarios Provinciales y los titulares de las comisarías locales y puestos fronterizos, como órganos instructores de los procedimientos sancionadores en materia de extranjería, tomándose medidas para incoar en el más breve plazo los expedientes sancionadores con la respectiva medida cautelar de detención, cuando se haya detenido a un extranjero que no posee orden de detención cautelar previa y se haya detectado su condición de irregular en España.

Como hemos visto, la detención policial para efectos de identificación solo es posible si la persona no se encuentra documentada y por un máximo de 6 horas; sin embargo la Circular 1/2010, contempla la posibilidad de detener a cualquier extranjero (documentado o no) y viabilizar en el más breve plazo una orden de detención cautelar prevista en el artículo 61.1 d) de la LO 4/2000, es decir a nuestro entender se vulneran los derechos de los extranjeros al reglamentar una detención que es a todas luces ilegal.

Es más, se contempla la posibilidad de incoar un expediente sancionador sin determinar en dicha incoación si se seguirá por la vía ordinaria o preferente. En ese extremo reproducimos lo que señala el artículo 3 de la mencionada Circular:

“3. Supuestos de estancia irregular en que al dictarse el acuerdo de iniciación se desconoce si el procedimiento a seguir será el preferente o el ordinario.

Cuando proceda tramitar expediente de expulsión respecto de un extranjero que se encuentra en la Comisaría por hallarse irregularmente, pero el funcionario no disponga de datos suficientes para concretar cuál de los dos procedimientos —preferente u ordinario— es el que ha de tramitar, ordenará realizar determinadas actuaciones.

Como quiera que esas actuaciones a realizar pueden implicar, en la mayoría de los casos, una permanencia de varias horas del extranjero en la Dependencia policial, se procederá a dictar acuerdo de iniciación. En garantía de los derechos de dicho ciudadano extranjero y ante la incertidumbre del tiempo más o menos prolongado que duren las actuaciones, en ese acuerdo se adoptará la medida de detención cautelar conforme el art. 61.1.d), con todos los derechos que como detenido le asisten conforme el art. 520 LECr...”

Como es de verse, la Circular pretendía “legalizar” una detención que es a todas luces ilegal, sobre todo en el caso de las personas documentadas, evidenciándose además en su contenido un afán “punitivo”, dado que prioriza la aplicación de la detención por encima de otras medidas cautelares que pudieran aplicarse a la persona. Como hemos visto, no existe una habilitación legal para practicar una “detención preventiva” en este tipo de casos, por tanto, dicha detención, carecería de cobertura legal y vulneraría el art. 17.1 CE, siendo denunciada esta situación por más de ciento cuarenta asociaciones⁷⁴⁰ en la queja presentada al Ministerio del Interior y al Defensor del Pueblo el 1 de marzo de 2010, pidiendo el cese de dichas prácticas policiales, por su carácter racista y su ausencia de cobertura legal.

⁷⁴⁰ Puede consultarse la lista de asociaciones firmantes, así como el contenido de las quejas, las respuestas dadas, en <http://www.inmigrapenal.com>, en el área de redadas y detenciones, fecha de consulta 18 de marzo de 2016.

En esta Circular dicha actuación policial se justificaba con el siguiente razonamiento:

- En primer lugar, el art. 53.1.a) de la LO 4/2000 que establece que es una infracción grave no hallarse en situación regular en territorio español;
- En segundo lugar, el artículo 11 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, derogada por la LO 4/2015⁷⁴¹, imponía a los extranjeros la doble obligación de acreditar, por una parte, su identidad y, por otra, hallarse legalmente en España. Y, en tercer lugar, la LO 1/1992 posibilitaba, al objeto de sancionar una infracción, el traslado a comisaría para practicar la diligencia de identificación por el tiempo imprescindible.

Adicionalmente, la Circular concluye que el traslado de un ciudadano extranjero en situación irregular a Comisaría podría realizarse en una doble condición:

- La primera como detenido, afirmando que es una “detención preventiva” que, tras la iniciación del expediente de expulsión, se convertiría en una “detención cautelar”, tal como lo establece el art. 61.1.d) de la LO 4/2000;
- La segunda, a “efectos de identificación”, afirmando que, posteriormente en comisaría, cuando se dicte el acuerdo de iniciación del expediente de expulsión, se acordaría la ya citada “detención cautelar” regulada en la Ley de Extranjería. Sin embargo, como hemos visto dichas detenciones no tienen cobertura legal ni en la Ley de Extranjería ni en la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana. Por lo tanto, dicha detención vulneraría lo establecido en el art. 17.1 CE.

En conclusión, y coincidiendo con MARTÍNEZ ESCAMILLA⁷⁴², a pesar de que la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana imponga a los ciudadanos

⁷⁴¹ Los términos en los que se ha redactado la LO 4/2015, Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana, son similares en dichos efectos a los contenidos en la LO 1/1992; por lo tanto el análisis resulta válido también para la nueva Ley.

⁷⁴²MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.; SÁNCHEZ TOMÁS, J., “En la persecución y castigo del inmigrante “sin papeles”...”, 2011, cit., pág. 11.

extranjeros la obligación de disponer de la documentación que acredite su identidad y el hecho de hallarse legamente en España, si el extranjero, aún estando en situación irregular en territorio nacional, está perfectamente identificado (pasaporte, cédula de inscripción consular, etc) y así lo acredita *en ese momento*, la ley no permite su retención y conducción a comisaría a los efectos de incoarle un procedimiento sancionador. En este sentido, también se ha pronunciado el Defensor del Pueblo, quien en su Informe 2010 dedica un epígrafe a la criticada Circular 1/2010, calificando la ilegalidad de dichas detenciones⁷⁴³.

Ante las reiteradas críticas y denuncias formuladas por diversos sectores⁷⁴⁴, con fecha 16 de mayo de 2012 (casi dos años y medio después de estar vigente y haberse aplicado en muchos casos), se procedió a aprobar una nueva Circular (Circular 2/ 2012) que “interpreta” los alcances de la Circular 1/2010, en donde se aclara la improcedencia de la detención de extranjeros válidamente documentados, así se compruebe que se encuentran en situación irregular. Como es de verse, la Dirección General de la Policía tuvo que realizar una “interpretación”, que en realidad es una derogación tácita de lo contenido en la Circular original.

d.3 Mención especial. La detención por perfiles étnicos

Como es sabido en España es habitual la práctica de “redadas” para la detección de extranjeros irregulares, llevadas a cabo normalmente en lugares frecuentados por población migrada, a veces con un gran despliegue de efectivos y en otras ocasiones de forma más discreta, y que recaen sobre personas seleccionadas en atención principalmente a su perfil étnico. Al respecto, varias ONG han denunciado estas prácticas, considerándolas un hostigamiento hacia la población extranjera⁷⁴⁵, asimismo, como ya hemos señalado en el año 2010 la Comisaría General de Extranjería

⁷⁴³ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Memoria Anual 2010* y Debate en las Cortes Generales, Madrid, 2011, págs. 319 y ss.

⁷⁴⁴ Como respuesta a dicha Circular un total de 141 asociaciones de defensa de los derechos humanos presentaron una queja ante el Ministerio del Interior, la misma que fue trasladada al Defensor del Pueblo. Puede consultarse la lista de asociaciones firmantes, así como el contenido de las quejas, las respuestas dadas y la propia Circular núm. 1/2010, en <http://www.inmigrapenal.com>, en el área de redadas y detenciones, fecha de consulta 18 de marzo de 2016.

⁷⁴⁵ Tal es el caso del Centro de Estudios y Documentación sobre inmigración, racismo y xenofobia en su informe titulado: *Los controles policiales en la vía pública dirigidos a la identificación y detención de personas migrantes “irregulares”*, en *Revista MUGAK*, N° 56, Madrid, 2011; en el cual se da cuenta de una serie de episodios en los cuales se describe el procedimiento policial en estos casos.

y Fronteras emitió la Circular 1/2010, de 25 de enero, en la cual se precisa una serie de actuaciones a realizar para la detección de personas extranjeras en situación irregular.

Respecto de estas prácticas, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), en sus informes Tercero (2006) y Cuarto (2011) sobre España, denunciaba que los miembros de minorías étnicas son objeto en forma desproporcionada de paradas, requerimientos de identificación y cacheos, siendo los grupos más afectados los gitanos y los no ciudadanos, particularmente los marroquíes, suramericanos y personas del África subsahariana. Por su parte, el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD) en sus informes 2004 y 2011, reiteraba su preocupación por las actitudes racistas de parte de las fuerzas del orden, y su preocupación por las denuncias recibidas sobre el maltrato hacia minorías étnicas o personas que no son de origen español, recomendando al Estado español la formación y entrenamiento intensivo de los agentes del orden público en la protección de los derechos humanos de todas las personas sin distinción de raza, color, nacionalidad u origen étnico, instando a España para erradicar tales prácticas.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la antes citada Sentencia del Caso Williams⁷⁴⁶, ha declarado la constitucionalidad de la detención para efectos de identificación; en dicha sentencia, entiende el Tribunal que la solicitud de documentación identificativa por parte de los agentes de los Cuerpos de Seguridad del Estado, no supone una discriminación racial, cuando la única causa identificativa de ser extranjero es ser persona de color. Dicha sentencia controvertida, ha sido materia de un Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 17 de agosto de 2009 (Comunicación núm. 1493/2006), que declara que la actuación policial denunciada y por la cual se reclamó el amparo constitucional, supone una violación del art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que prohíbe el trato discriminatorio.

Por otro lado debemos mencionar la STC 88/1996, de 23 de mayo (RTC 1996, 88), la cual analiza la legalidad de la detención para la identificación de un extranjero, con la finalidad de constatar su situación de legalidad o ilegalidad en España; entiende

⁷⁴⁶ STC 13/2001, de 29 de enero.

el Tribunal Constitucional que en dicho caso, el extranjero no fue detenido por razón de su nacionalidad, sino porque, admitiendo que carecía de la condición de ciudadano español, no pudo acreditar su residencia legal en España, al no disponer de los documentos mínimos imprescindibles para hacerlo; justificándose dicha medida en el hecho de que no tuviera domicilio conocido, ni ofreciera fianza suficiente a juicio de los agentes, que garantizara que comparecería por sí mismo en dependencias policiales para completar las comprobaciones iniciadas.

A manera de ejemplo y con la finalidad de graficar la jurisprudencia que sobre el tema ha sido emitida por el TC, planteamos el siguiente supuesto de hecho:

“A las 12 horas del día 14 de marzo de 2016 el señor Macondo de raza negra es detenido en una redada en las inmediaciones del Metro de Sol en Madrid. Al ser intervenido, un agente de la policía nacional le pide su identificación, a lo cual el intervenido responde que no entiende castellano. De igual forma se le pregunta su nombre completo, fecha de nacimiento, nacionalidad y situación administrativa en España a lo cual solo responde el extranjero que se llama Macondo. La policía nacional realiza un intento de identificación telemática, pero es imposible lograr identificarlo, por lo que en aplicación del artículo 16.2 de la LO 4/2015 es conducido a la Comisaría más cercana.

Dicha conducción a la Comisaría, será considerada a efectos de la STC 341/1993, como retención policial. Una vez en la Comisaría se incrementan las sospechas de que se trata de un extranjero en situación irregular y pasadas las 18 horas continúa detenido en la Comisaría, habiéndose comprobado que no pesa sobre él una orden de detención cautelar. La detención de Macondo entre las 12 y las 18 horas es considerada retención policial y se aplican las garantías del artículo 17.1 CE. Pasadas las 18 horas (6 horas de detención), Macondo debería ser puesto en libertad. De no procederse de esa manera nos encontraríamos ante una detención arbitraria o ilegal en toda regla y no ante una detención preventiva, como hemos visto anteriormente, pudiendo aplicarse al caso las garantías del artículo 17.4 CE (Proceso de Habeas Corpus)“.

Como hemos visto, existe la posibilidad de que un extranjero en situación irregular sea detenido como consecuencia de un operativo policial en el cual se detiene a extranjeros en diversos lugares públicos (redadas), a fin de verificar su situación de legalidad en España, pero como ya lo hemos advertido, no puede detenerse a un extranjero por el solo hecho de encontrarse en situación irregular, solo si el extranjero posee orden de detención cautelar podrá ser detenido; en caso contrario debe ser puesto en libertad.

Con la finalidad de abundar y esclarecer los matices y protección constitucional de la detención de extranjeros en el contexto de actuaciones del derecho de extranjería hemos elaborado el siguiente cuadro:

CUADRO N°1: Matices de la detención de extranjeros

TIPO DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD	DURACIÓN MÁXIMA	TIPO DE DETENCIÓN SEGÚN EL TC	PROT. CONSTITUCIONAL
Detención en salas de rechazados sin orden actual de expulsión/ devolución	72 horas	Preventiva	17.2 CE
Detención en salas de rechazados mientras se tramita solicitud de asilo	4 días, ampliable a 10 en caso de intervención de ACNUR	Cautelar (art. 21.1 y 22 de la Ley 12/2009)	17.1 CE
Detención en salas de rechazados por denegación de entrada	72 horas	Cautelar (art. 60.1 de la LO 4/2000)	17.1 CE
Detención para identificación de persona indocumentada	6 horas. Si se excede será detención	Retención (art. 16.2 de la LO 4/2015)	17.1 CE en las primeras 6 horas. 17.4 CE si excede plazo

TIPO DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD	DURACIÓN MÁXIMA	TIPO DE DETENCIÓN SEGÚN EL TC	PROT. CONSTITUCIONAL
	ilegal o arbitraria		
Detención para identificación persona documentada sin orden de detención cautelar	No hay plazo	Detención ilegal o arbitraria	17.4 CE
Detención para identificación persona documentada con orden de detención cautelar	72 horas	Detención cautelar 60.1 o; 61.1 d) o; 64.1 de la LO 4/2000	17.1 CE
Detención para cumplimiento de orden de expulsión actual	72 horas	Cautelar (art. 64.1 de la LO 4/2000)	17.1 CE
Detención cautelar por incoación de expediente de expulsión	72 horas	Cautelar (art. 61.1 d de la LO 4/2000)	17.1 CE
Detención en frontera o inmediaciones (devolución)	72 horas	Cautelar (art. 58.3 de la LO 4/2000)	17.1 CE
Detención en dependencias policiales, por Incumplimiento de prohibición de entrada (devolución). No existe orden actual de devolución.	72 horas	Preventiva	17.2 CE

Fuente: LO 4/2000, Ley 12/2009, LO 4/2015 y Jurisprudencia Constitucional. Elaboración propia

2.5 Habeas Corpus

2.5.1 Naturaleza Jurídica

El Habeas Corpus se encuentra contemplado en el artículo 17.4 CE⁷⁴⁷ y constituye una garantía jurídica del derecho a la libertad personal, contemplada en el artículo 17 CE, derecho que comprende por igual tanto a españoles como a extranjeros. Esta figura constituye una "garantía procesal específica" para la protección del derecho fundamental a la libertad personal⁷⁴⁸, frente a la eventual arbitrariedad de los agentes o autoridades y, al mismo tiempo, obliga al legislador a regularla, completando el sistema de protección de la libertad personal de la Constitución Española. Por otro lado, podemos afirmar que el Habeas Corpus viene a ser una manifestación del derecho a un recurso efectivo contemplado en el artículo 13 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos, en cuya base se recoge el derecho de toda persona, cuyos derechos y libertades reconocidos en el CEDH, hayan sido violados, a la concesión de un recurso efectivo ante una instancia nacional⁷⁴⁹.

Según el TC el Habeas Corpus es: "...un medio de defensa de los derechos sustantivos establecidos en el resto de los apartados del artículo 17..."⁷⁵⁰, este proceso se regula por Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, Reguladora del procedimiento de Habeas Corpus, ley que articula un proceso acelerado con la finalidad de obtener la revisión judicial de cualquier privación de libertad, puesto que el Habeas Corpus se encuentra regulado como un proceso ágil, rápido y sencillo, es decir un proceso acelerado para obtener la revisión judicial de cualquier privación de libertad. Dicha agilidad, se configura como principio absolutamente necesario para que la posible violación de la libertad personal sea reparada con la máxima celeridad⁷⁵¹, por ello la ley prevé un plazo de 24 horas para articular debidamente el proceso de *Habeas Corpus* con todas sus fases y garantías. Además, el principio de sencillez y carencia de formalismos,

⁷⁴⁷ 4. La ley regulará un procedimiento de "habeas corpus" para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

⁷⁴⁸ STC 154/1995, de 24 de octubre F. J. 4.

⁷⁴⁹ SSTEDH, Asunto *The Swedish Engine Drivers Union c. Suecia*, de 6 de febrero de 1976, apdo. 50; Asunto *Klass y otros c. Alemania*, de 6 de setiembre de 1978, apdo. 63. ARRESE IRIONDO, M^a. N., "Derecho a un recurso efectivo", en *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, cit., pág. 718.

⁷⁵⁰ STC 98/1.986, de 10 de julio, F. J. 3.

⁷⁵¹ GONZÁLEZ MALABIA, S., "Reflexiones sobre los aciertos y desaciertos...", cit., pág. 4.

característica del proceso, se manifiesta en la posibilidad de incoar el proceso mediante una simple comparecencia verbal y en no ser obligatoria la presencia de Abogado ni Procurador.

Según la Jurisprudencia del TC, nos encontramos ante un proceso de "*cognición limitada a través del cual se pretende sólo la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente*"⁷⁵². En ese sentido, El Tribunal Constitucional⁷⁵³ ha calificado el proceso de *Habeas Corpus*, como un instrumento de control judicial que versa sólo sobre la regularidad o legalidad de la detención en el sentido de los artículos 17.1 y 17.4 CE, interpretados éstos, a través de la vía prevista en el artículo 10.2 CE, de conformidad con los artículos 5.1 y 5.4 del Convenio de Derechos Humanos. De igual forma el TC ha definido al *Habeas Corpus* como "... *un proceso especial con un objeto también especial, y no tratarse de un proceso sumario, a través del cual se ha de juzgar únicamente sobre la legalidad de una situación de privación de libertad...*"⁷⁵⁴.

Según GONZÁLES⁷⁵⁵, al constituir un derecho fundamental recogido en el artículo 17.4 CE, y al mismo tiempo tratarse de un proceso penal especial por razón de la materia, goza de una doble naturaleza jurídica:

- La primera: el *Habeas Corpus* como derecho fundamental subjetivo, público y activo. El derecho al *Habeas Corpus* es uno de los que deben ser informados al detenido, y aun cuando no se haya informado de dicho derecho al detenido, quien esté privado de libertad ostenta dicho derecho y puede ejercitarlo.
- La segunda: el *Habeas Corpus* como proceso penal especial contemplado en su Ley Orgánica, que configura un proceso especial y preferente por razón de la materia, con la finalidad de obtener la revisión judicial de cualquier

⁷⁵² SSTC 31/1985, de 5 de marzo (RTC 1985,31); 98/1996, de 10 de julio (RTC 1996, 98) y 21/1996, de 12 de febrero (RTC 1996, 21), de 27 de febrero; 287/2000, de 27 de noviembre; 288/2000, de 27 de noviembre; entre otras.

⁷⁵³ SSTC 98/1996, de 10 de julio (RTC 1996, 98); 104/1990, de 4 de junio (RTC 1990, 104) y 12/1994, de 17 de enero (RTC 1994, 12).

⁷⁵⁴ SSTC 98/1986, de 10 de julio (RTC 1986,98) y 31/1996, de 27 de febrero (RTC 1996, 31).

⁷⁵⁵ GONZÁLES MALABIA, S., "Reflexiones sobre los aciertos y desaciertos...", cit., pág. 2.

privación de libertad y mediante su ejercicio se consigue la inmediata verificación judicial de la legalidad y de las condiciones de la detención.

Según CASAL HERNÁNDEZ, el Habeas Corpus es “*un procedimiento de cognición limitada, cuyo objeto es lograr el restablecimiento del pleno disfrute del derecho a la libertad o de otros derechos que hayan sido desconocidos durante la detención*”⁷⁵⁶. Debemos hacer hincapié, en que el derecho lo ostenta quien haya sido detenido en el curso de la investigación policial, mientras se encuentre a disposición de las autoridades o funcionarios policiales, dado que es un mecanismo procesal para supuestos de detención ilegal o arbitraria que no tienen su origen en una resolución judicial. Ni la Constitución Española, ni la LO 6/1984, prevén el derecho al *Habeas Corpus*, cuando la detención haya sido acordada por la autoridad judicial y el detenido se encuentre a disposición de la misma, casos en los que se tendrá que acudir a los recursos contra las decisiones de la autoridad judicial⁷⁵⁷.

De igual forma MARTÍNEZ conceptualiza el Habeas Corpus como: “*...un proceso especial y preferente que, por una parte, se configura como un proceso penal, pero en el que, por otra, su objeto viene integrado por una pretensión nacida con ocasión de la violación de un derecho fundamental y no con ocasión de un delito de detenciones ilegales, sin perjuicio de que se pueda incoar posteriormente el correspondiente proceso penal para el enjuiciamiento del delito que se haya podido cometer, o interponer, contra la resolución que pone fin al proceso, recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional...*”⁷⁵⁸.

Sin embargo, hay un sector de la doctrina que niega la calidad de recurso al Habeas Corpus, así según OSTOS citado por GIMENO⁷⁵⁹ el Habeas Corpus: “*...no es un recurso pues la finalidad de los medios de impugnación estriba en obtener la revisión de las resoluciones judiciales y, en el caso del «Habeas Corpus» dicha revisión se contrae al examen de una detención adoptada por un órgano carente de*

⁷⁵⁶ CASAL HERNÁNDEZ, J., *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998, pág. 302.

⁷⁵⁷ GIMENO SENDRA, V., *El proceso de "Habeas Corpus"*, Tecnos, 2a Edic., Madrid, 1996, pág. 48.

⁷⁵⁸ MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, cit., pág. 188.

⁷⁵⁹ GIMENO SENDRA, V., *El Proceso de "Habeas Corpus"*, cit., pág. 51.

jurisdicción...”. En el mismo sentido se pronuncia LÓPEZ MUÑOZ⁷⁶⁰, afirmando que el Habeas Corpus no es un recurso en sí mismo, porque no se impugna decisión judicial alguna, lo que se solicita es la puesta en libertad del individuo que ha sido retenido por un órgano incompetente para ello.

Desde nuestro punto de vista, el Habeas Corpus es un recurso sumario diseñado por la Constitución Española para proteger la libertad individual frente a las arbitrariedades de los poderes públicos, el cual tiene por finalidad restituir la libertad de cualquier persona que se encuentre privada de la misma de manera ilegal y arbitraria, poniéndola a disposición de un Juez competente. Es un medio de defensa idóneo, cuyo alcance abarca no solo a españoles sino también a los extranjeros, en cualquier situación de privación de libertad que no se encuentre acorde con las leyes vigentes.

2.5.2 Etapas

a) Solicitud del Habeas Corpus

Según lo establecido en el artículo 1 de la LO 6/1984, para que pueda prosperar la pretensión de *Habeas Corpus* se requieren tres requisitos:

- a) Que se haya producido una detención;
- b) Que la detención sea ilegal y;
- c) Que no haya sido dispuesta por una autoridad judicial.

El primer requisito, que se haya producido una detención, constituye el presupuesto esencial de la pretensión, debiendo entenderse por detención cualquier forma de privación de libertad personal⁷⁶¹, según GONZÁLES⁷⁶² el hecho de que el artículo 1 de la LO 6/1984 permita que puedan introducirse en el proceso de *Habeas Corpus* los casos de privación de libertad en internamientos no penitenciarios, es uno de los aciertos más destacables de la ley. Como consecuencia de ello, el Tribunal Constitucional ha considerado como supuestos de privación de libertad susceptibles de

⁷⁶⁰ LOPEZ-MUÑOZ Y LARRAZ, G., *El auténtico “Habeas Corpus”*, Tecnos, Madrid, 1992, págs. 68.

⁷⁶¹ SSTC 98/1986, de 10 de julio, F. J. 7 y 21/1996, de 12 de febrero F. J. 21.

⁷⁶² GONZÁLES MALABIA, S., “Reflexiones sobre los aciertos y desaciertos...”, cit., pág. 3.

Habeas Corpus, los arrestos domiciliarios⁷⁶³, el internamiento forzoso de enfermos psíquicos⁷⁶⁴, la detención gubernativa de extranjeros para su expulsión⁷⁶⁵, la medida de identificación en dependencias policiales conforme a la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana⁷⁶⁶, el internamiento de menores acordado por el Fiscal, la retención policial, o el internamiento de personas sospechosas de ser portadoras de enfermedades infecto-contagiosas⁷⁶⁷.

El segundo requisito es que la detención sea ilegal, siendo el mismo artículo 1 de la LO 6/1984 el que determina los supuestos por los que ha de entenderse que una persona está ilegalmente detenida; siendo los mismos:

- a) Las que lo fueren por una autoridad, agente de la misma, funcionario público o particular, sin que concurren los supuestos legales, o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y requisitos exigidos por las Leyes.
- b) Las que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar.
- c) Las que lo estuvieran por plazo superior al señalado en las Leyes, si transcurrido el mismo, no fuesen puestas en libertad o entregadas al Juez más próximo al lugar de la detención.
- d) Las privadas de libertad a quienes no les sean respetados los derechos que la Constitución y las Leyes Procesales garantizan a toda persona detenida.

Como es de verse, la ilegalidad de la detención viene determinada por la vulneración de las normas constitucionales o legales dictadas en desarrollo del artículo 17 CE, y que recogen las garantías o derechos que asisten a todo detenido, pudiendo ser que la detención pueda ser ilegal desde su inicio o sobrevenir con posterioridad.

⁷⁶³ SSTC 208/2000 y 209/2000, de 24 de julio 2000 (RTC 2000, 208 y 209).

⁷⁶⁴ STC 104/1990, de 4 de junio (RTC 1990, 104), y STEDH de 18 de octubre de 1982.

⁷⁶⁵ Entre otras, SSTC 115/1987, de 7 de julio (RTC 1987, 115); 12/1994, de 17 de enero (RTC 1994, 12); 21/1996, de 12 de febrero (RTC 1996,21); 66/1996, de 16 de abril (RTC 1996, 66); 86/1996, de 21 de mayo (RTC 1996, 86), y 17612000, de 26 de junio (RTC 2000, 176).

⁷⁶⁶ STC 341/1993, de 18 de noviembre.

⁷⁶⁷ STC 129/1999, de 5 de julio (RTC 1999, 129).

El tercer requisito que se exige, viene determinado por el hecho de que la detención no ha de ser dispuesta por la autoridad judicial, siendo improcedente el *Habeas Corpus* cuando la privación de libertad ha sido ordenada por la autoridad judicial⁷⁶⁸, así los supuestos de privación de libertad como detenciones judiciales, penas privativas, prisión provisional, etc., no son susceptibles de *Habeas Corpus*, teniendo la LO 6/1984 un carácter genérico, según el cual se puede enjuiciar la legalidad de todo tipo de privación de libertad, a excepción de las decretadas por la autoridad judicial.

Asimismo, debemos señalar que el artículo 3 de la LO 6/1984 legitima a las siguientes personas para la presentación del recurso de Habeas Corpus:

- a) El privado de libertad, su cónyuge o persona unida por análoga relación de afectividad, descendientes, ascendientes, hermanos y, en su caso, respecto a los menores y personas incapacitadas, sus representantes legales.
- b) El Ministerio Fiscal.
- c) El Defensor del Pueblo.
- d) De oficio, el Juez competente.

Según el artículo 4º de la LO 6/1984, la petición del Habeas Corpus puede ser escrita o verbal, pero debe dejarse constancia de los datos básicos de la situación, como lugar de la detención, persona o autoridad que mantenga la detención y las circunstancias que puedan resultar relevantes para evaluar el caso y de darse por escrito, no es necesario que sea firmado por Abogado ni Procurador, y el Juez a falta de alguno de los datos antes señalados, no podrá denegar de plano la solicitud sino pedir su subsanación⁷⁶⁹. Debemos hacer hincapié en que la pretensión que se formule, deberá recaer necesariamente sobre la libertad personal, pudiendo solicitarse su total restablecimiento con la petición de puesta en libertad o un cambio de custodia de la persona ilegalmente detenida, o en su defecto una puesta a disposición de la autoridad judicial. Por lo tanto, la ley posee un espectro muy amplio, que supone que el proceso

⁷⁶⁸ SSTC 224/1998, de 24 de noviembre (RTC 1998, 224) y 61/2003, de 24 de marzo (RTC 2003,61).

⁷⁶⁹ La STC 66/1996, de 16 de abril, (RTC 1996, 66).

de *Habeas Corpus* alcanza no sólo a los supuestos de detención ilegal, sino también a las detenciones legales que se mantengan o prolonguen ilegalmente o, en su defecto, que tengan lugar en condiciones ilegales.

b) Incoación y tramitación del proceso

Según el artículo 6º de la LO 6/1984, una vez presentada la solicitud de *Habeas Corpus*, el Juez examinará la concurrencia de los requisitos para su tramitación y dará traslado de la misma al Ministerio Fiscal. Seguidamente, mediante auto, acordará la incoación del procedimiento o, en su caso, denegará la solicitud por ser ésta improcedente. Dicho auto se notificará al Ministerio Fiscal. Asimismo se ha contemplado que contra la resolución no cabrá recurso alguno. Según el Tribunal Constitucional la inadmisión a trámite del proceso de *Habeas Corpus*, no supone una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, siempre que tal denegación se encuentre debidamente razonada y basada en causa legal⁷⁷⁰. La regla general ha de ser, la de optar por la incoación del proceso, puesto que ante una detención, si existe alguna duda en cuanto a la legalidad, no procede acordar la inadmisión, sino examinar dichas circunstancias, convirtiéndose así la inadmisión en una excepción a la regla general producida en determinados supuestos, como son: la ausencia de los elementos necesarios de la solicitud de iniciación salvo que sean subsanables, o cuando las detenciones sean imaginarias o exista evidencia física de que no ha existido privación de libertad⁷⁷¹.

La rapidez del proceso de *Habeas Corpus* se muestra en su tramitación; y así, conforme establece el artículo 7.1 LO 6/1984: "*En el auto de incoación, el Juez ordenará a la autoridad a cuya disposición se halle la persona privada de libertad o a aquel en cuyo poder se encuentre, que la ponga de manifiesto ante él, sin pretexto ni demora alguna o se constituirá en el lugar donde aquella se encuentre*". Una vez que el detenido se halle a presencia judicial tendrá lugar la celebración de una vista oral o comparecencia, con una primera fase de alegaciones de las partes y una segunda de

⁷⁷⁰ Así lo manifiesta el TC en múltiples sentencias: 104/1990, de 4 de junio (RTC 1990, 104); STC 21/1996, de 12 de febrero (RTC 1996, 21); STC 224/1998, de 24 de noviembre (RTC 1998, 224); STC 62/1995, de 29 de marzo (RTC 1995, 62); y STC 174/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999, 174).

⁷⁷¹ En este sentido las SSTC 26/1995, de 6 de febrero (RTC 1995, 26); 62/1995, de 29 de marzo (RTC 1995,62); y 21/1996, de 12 de febrero (RTC 1996, 21).

proposición y práctica de los medios de prueba que se admitan por el órgano judicial. En esta comparecencia el Juez oír a la persona privada de libertad, o en su caso, a su representante legal y Abogado, si lo hubiere designado, así como al Ministerio Fiscal; acto seguido oír a la autoridad, agentes, funcionarios públicos o representante de la institución o persona que hubiere ordenado o practicado la detención o internamiento y, en todo caso, a aquella bajo cuya custodia se encontrare la persona privada de libertad; a todas ellas dará a conocer el Juez las declaraciones del privado de libertad⁷⁷².

En cuanto a las alegaciones de la parte contraria, el Juez, oír a la autoridad, agente, funcionario público o representante de la institución o persona que hubiere ordenado la detención y, en todo caso, a aquella bajo cuya custodia se encontrare la persona privada de libertad, después de oír las alegaciones de las partes presentes, *el Juez admitirá, si las estima pertinentes, las pruebas que aporten las partes que puedan practicarse en el acto*⁷⁷³, aunque cabe resaltar que la presentación y actuación de medios probatorios en el proceso de *Habeas Corpus*, se encuentra limitada por el breve plazo del proceso, por ello las partes podrán proponer al Juez los medios de prueba que pretendan utilizar, siempre y cuando puedan practicarse en el acto o en un plazo máximo de 24 horas desde que se dictó el auto de incoación⁷⁷⁴. En lo referente a los medios de prueba que pueden proponerse, la ley no limita el uso de los medios probatorios, pudiendo mantenerse que todas las pruebas previstas en la LECRIM son practicables en esta vista oral, solamente existe una restricción por razón de la rapidez de este proceso, dado que han de poder practicarse en el acto o, en todo caso, dentro de las veinticuatro horas contadas desde que se dictó el auto de incoación.

c) Terminación del proceso

Concluida la fase de alegaciones y pruebas, el Juez deberá emitir resolución judicial del proceso, el plazo establecido en el artículo 7.4 de la LO 6/1984 es de 24 horas desde la vista oral. La resolución que se dicte pondrá fin al proceso, y su contenido puede ser estimatorio o desestimatorio de la pretensión, atendiendo a si se

⁷⁷²Artículo 7.2 de la LO 6/1984.

⁷⁷³ Artículo 7.3 de la LO 6/1984.

⁷⁷⁴Artículo 7.4 de la LO 6/1984.

cumplen o no los presupuestos previstos en el artículo 1 de la LO 6/1984, conforme se determina en los apartados 1 y 2 del artículo 8, que señala:

"1. Si estima que no se da ninguna de las circunstancias a que se refiere el artículo primero de esta Ley, acordará el archivo de las actuaciones, declarando ser conforme a Derecho la privación de libertad y las circunstancias en que se está realizando.

2. Si estima que concurren alguna de las circunstancias del artículo primero de esta Ley, se acordará en el acto, alguna de las siguientes medidas:

a) La puesta en libertad del privado de ésta, si lo fue ilegalmente.

b) Que continúe la situación de privación de libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso, pero si lo considerase necesario, en establecimiento distinto, o bajo la custodia de personas distintas de las que hasta entonces la detentaban.

c) Que la persona privada de libertad sea puesta inmediatamente a disposición judicial si ya hubiere transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención".

En lo referente a los medios de impugnación debemos señalar que contra el auto que resuelve el *Habeas Corpus* y pone fin al mismo, la ley no ha previsto la posibilidad de interposición de recursos, si bien se prevé que para el auto que acuerda la incoación del proceso o la denegación de la solicitud de iniciación no cabe recurso alguno (artículo 6, *in fine* LO 6/1984), sin embargo nada dice respecto de la posibilidad de impugnar el auto estimatorio o desestimatorio de la pretensión de *Habeas Corpus*. Al no establecer expresamente el recurso de apelación, no es posible interponerlo según lo establecido en el artículo 217 de la LECRIM, pero sin embargo cabe el recurso de queja, por tratarse de un auto no apelable, según el artículo 218 de la mencionada Ley procesal. Asimismo, debido a que la resolución judicial denegatoria podría dar lugar a la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva contemplado en el artículo 24,1 CE, cabe la posibilidad de presentar un recurso de amparo. A este respecto es necesario

distinguir entre las detenciones perpetradas por las autoridades y las efectuadas por particulares; en las primeras, el amparo se incoará tras la ratificación del juez de la denegación de la tramitación del habeas corpus, una vez solicitado la reforma del auto de denegación por el solicitante⁷⁷⁵, mientras que en las segundas el recurso de amparo debe presentarse directamente ante el Tribunal Constitucional.

Por su parte, el Tribunal Constitucional se ha mostrado contrario a la admisión de recursos, al afirmar que "con respecto al auto por el que se desestima la solicitud de Habeas Corpus, frente al cual, dado el silencio de la Ley Orgánica 6/1984, no es posible ejercitar impugnación alguna previa al acceso ante este Tribunal por medio del recurso de amparo"⁷⁷⁶, dejando expedita la vía del recurso de amparo, por estar el artículo 17.4 CE comprendido en el marco de actuación de tal recurso. Este hecho es criticado por SORIANO el mismo que afirma: "*si el constituyente instrumentaliza un proceso especial para proteger la libertad personal, en el mismo sentido debería haber establecido un sistema de recursos para escapar de la lentitud propia del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional*"⁷⁷⁷.

2.5.3 El Habeas Corpus para los extranjeros

Como ya hemos advertido, el artículo 17 CE tutela el derecho a la libertad por igual a españoles y extranjeros, no existiendo diferencias en su goce por parte de los extranjeros al encontrarse en España en situación administrativa irregular; en ese sentido lo establecido en el artículo 17.4 CE, es plenamente aplicable e invocable por las personas extranjeras sea cual sea su situación administrativa. Según HERNÁNDEZ GALLEGO, el derecho de *Habeas Corpus* se considera como un derecho de reacción a la actuación ajena⁷⁷⁸, por entender el individuo, sometido a la privación de libertad, que la misma no se ajusta a los preceptos legales, careciendo la detención de cobertura jurídica, pudiendo constituir por tanto, una detención ilegal. En cualquiera de los supuestos de detención del extranjero, cabe la posibilidad de instar un procedimiento de

⁷⁷⁵ Artículo 44,1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

⁷⁷⁶ STC 61/1995, de 29 de marzo (RTC 1995,61).

⁷⁷⁷ SORIANO, R., "El derecho de habeas corpus", *Monografías*, núm. 6, Congreso de los Diputados, Madrid, 1980, pág. 259.

⁷⁷⁸ HERNÁNDEZ GALLEGO, P., "Los extranjeros y sus derechos. El extranjero irregular", *Estudios Jurídicos del Cuerpo de Secretarios Judiciales*, VI-2001, CEJAJ, Madrid, 2001, pág. 34.

Habeas Corpus, al objeto de que sea revisada la legalidad de la privación de libertad por el Juez competente⁷⁷⁹.

En este sentido el Tribunal Constitucional, ha establecido que las detenciones impuestas en materia de extranjería, también están protegidas por el proceso de Habeas Corpus y su imposición inmotivada vulnera el derecho fundamental a la libertad contemplado en el 17.2 de la Constitución Española. En esos términos alega que la institución de “Habeas Corpus”, se articula como garantía procesal específica para la protección del derecho fundamental a la libertad personal⁷⁸⁰, especificando que cabe interponer “Habeas Corpus”, en supuestos en que se acuerda la detención, previa a la devolución de extranjeros a su país⁷⁸¹. Como es de verse, el TC ha sido claro respecto del derecho a invocar el Habeas Corpus por parte de los extranjeros, en el marco de un procedimiento administrativo de expulsión, habiendo establecido: “... *Ante una detención, aunque venga acordada por el funcionario administrativo competente, si existe alguna duda en cuanto a la legalidad de sus circunstancias, no procede acordar la inadmisión sino examinar dichas circunstancias (...) ya que el Juez del "Habeas Corpus" debe controlar la legalidad material de la detención administrativa, es decir, que ésta estuviera o no incluida dentro de alguno de aquellos casos en que la ley permite privar de libertad a una persona...*”⁷⁸². En el mismo sentido, el TC⁷⁸³ señala que sí le son aplicables las garantías previstas en el artículo 17.4 CE a las detenciones derivadas de casos de denegación de entrada o devolución, esa afirmación se basa en que para el TC, el Habeas Corpus es una garantía procesal aplicable a todos los supuestos de privación de libertad no acordadas judicialmente. De igual forma sostiene que se trata “del juicio sobre la legitimidad de la situación de privación de libertad”⁷⁸⁴, así como el “control de la legalidad material de la detención administrativa”⁷⁸⁵, lo cual ha sido estimado por dicho Tribunal en repetida jurisprudencia⁷⁸⁶. Asimismo se

⁷⁷⁹ MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, cit., pág. 188.

⁷⁸⁰ STC 154/1995, de 24 de octubre.

⁷⁸¹ SSTC 21/1996, de 12 de febrero; 66/1996, de 16 de abril; 86/1996, de 23 de mayo; 174/1999, de 27 de setiembre y 179/2000, de 26 de junio.

⁷⁸² STC 21/1996, de 12 de febrero F. J. 3.

⁷⁸³ STC 174/1999, de 27 de setiembre.

⁷⁸⁴ STC 21/1996, de 12 de febrero, F. J. 4º.

⁷⁸⁵ STC 66/1996, de 16 de abril, F. J. 3º.

⁷⁸⁶ SSTC 12/1994, de 17 de febrero, F. J. 6º; 21/1996, de 12 de febrero, F. J. 7º; 31/1985, de 5 de marzo, F.J. 6º; 341/1993, de 18 de noviembre, F. J. 6º y 21/1997, de 10 de febrero, F. J. 6º.

garantiza para los casos de devolución, el derecho a la asistencia jurídica y a ser informado de sus derechos y de los motivos de su detención.

Por otro lado debemos señalar que era una practica habitual en España y en otros países Europeos, considerar que en las zonas de rechazados de los aeropuertos y en los puestos fronterizos no eran de aplicación los derechos constitucionales ni los Tratados Internacionales⁷⁸⁷, al respecto el máximo intérprete de la Constitución, aclaró que “...no existen zonas intermedias entre detención y libertad”⁷⁸⁸, considerándose la necesidad de que el Juzgado competente conozca el proceso de Habeas Corpus, sin denegarlo liminarmente. En ese sentido el TC, estima en posteriores fallos, que la privación de libertad de los extranjeros que se encuentren en dichas zonas bajo control policial, por más de 72 horas, debe ser considerada como detención ilegal y por lo tanto cabe estimar también el “Habeas Corpus”⁷⁸⁹, ya que, aunque la persona puede voluntariamente abandonar el país, de igual forma existe una situación de compulsión personal⁷⁹⁰.

Por otro lado, el TC estima que el recurso de Habeas Corpus planteado por un extranjero al cual se le haya privado de su libertad por una infracción en materia de extranjería, debe ser admitido a trámite y que la legalidad o ilegalidad de su detención sea analizada por el Juez dentro del proceso de Habeas Corpus y no antes de que se sustancie. Así lo ha establecido en su jurisprudencia⁷⁹¹ al señalar que “...se vulnera la libertad personal cuando se fundamenta la inadmisión de una solicitud de habeas corpus en la legalidad de la privación de libertad, puesto que el análisis de fondo debe ser realizado una vez admitida a trámite la solicitud, a fin de que se produzca la efectiva puesta a disposición judicial de la persona privada de libertad y su comparecencia ante el juez...”. Asimismo, el TC ha establecido⁷⁹² que en el caso de que se inadmita a trámite un Habeas Corpus, el abogado que representó al extranjero en dicha solicitud, puede recurrir la resolución que lo inadmite mediante la presentación de la respectiva acción de amparo, no necesitando para ello una nueva autorización expresa

⁷⁸⁷ MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención en internamiento de extranjeros*, cit., pág. 190.

⁷⁸⁸ STC 98/1996, de 10 de julio, F. J. 4º.

⁷⁸⁹ SSTC 232/1999, de 13 de diciembre; 224/1999, de 13 de septiembre; 147/2000, de 22 de mayo; 179/2000, de 26 de junio.

⁷⁹⁰ SSTC 232/1999, de 13 de diciembre; 224/1999, de 13 de setiembre y 147/2000, de 29 de mayo.

⁷⁹¹ Entre otras, las SSTC 169/2006 y 259/2006, de 11 de septiembre.

⁷⁹² SSTC 172/2008, de 18 de diciembre; 173/2008, de 22 de diciembre; 14/2009, de 20 de enero; 15/2009, de 20 de enero y 84/2009, de 30 de marzo.

del cliente, porque se presume que existe una autorización tácita que legitima al abogado para actuar en nombre de su patrocinado.

Situación contraria a la antes descrita se da en el caso de las personas que han sido ingresadas en un CIE por orden judicial, en cuyo caso no cabe interponer un recurso de Habeas Corpus, dado que existe una resolución judicial previa que ordena el internamiento del extranjero, puesto que como vimos anteriormente, para que un Habeas Corpus sea procedente la privación de libertad, no debe basarse en una resolución judicial. A este respecto se ha pronunciado el Tribunal Constitucional⁷⁹³, señalando que si bien es cierto no se descarta la posibilidad de que existan detenciones y privaciones de libertad contrarias a derecho derivadas de una orden judicial, dichas vulneraciones al derecho a la libertad no pueden ser materia de un proceso de Habeas Corpus, dado que para ellas existen otros mecanismos procesales y en última instancia el Recurso de Amparo ante el Tribunal Constitucional, añadiendo el Tribunal que la esencia del recurso de Habeas Corpus es lograr que se ponga a la persona ilegalmente detenida o privada de su libertad, a disposición judicial, pero en el caso que analizamos, el extranjero ya ha sido puesto a disposición de un Juez, el cual ha ordenado su ingreso en un Centro de Internamiento para Extranjeros. Por dicha razón en la práctica judicial, los abogados defensores de las personas ingresadas en los CIE suelen interponer recursos de amparo, hecho que al parecer ha incrementando notablemente la carga procesal en los Juzgados competentes⁷⁹⁴.

En definitiva, debemos hacer hincapié en que detención e internamiento son dos figuras jurídicas independientes, a pesar de que ambas son medidas cautelares concebidas por la ley para ejecutar una orden de expulsión. El internamiento no es una prolongación de la detención, pues entraña una naturaleza diferente, he ahí la *ratio legis* de concebir que su autorización sea otorgada por un Juez, siendo la detención el primer paso, el acto inicial de lo que posteriormente se denominará internamiento de extranjeros, pues una vez que se priva al extranjero de libertad y transcurrido el plazo de 72 horas dispuesto por la Ley de Extranjería, existen sólo dos posibilidades:

⁷⁹³ A.T.C. 443/1.987, de 8 de abril, F. J. 3; SSTC 303/2005 de 24 de noviembre; 315/2005; 316/2005 y 318/2005, de 12 de diciembre.

⁷⁹⁴ Accesible en: http://elpais.com/diario/2006/07/31/espana/1154296811_850215.html; fecha de consulta: 26/10/2016.

- La puesta en libertad del extranjero, y que la Administración continúe tramitando el expediente administrativo de expulsión;

- O la puesta a disposición judicial para que sea el Juez quien conozca el fondo del asunto y valore si existen motivos suficientes que justifiquen el seguir manteniéndole privado de libertad, ordenando su ingreso en un Centro de Internamiento para Extranjeros. Si el Juez decide privarlo de libertad, es en aquel momento que se inicia formalmente el internamiento del extranjero, cuyas características y naturaleza jurídica pasaremos a analizar a continuación.

CAPITULO III

I) EL INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS

1.1 Regulación

La regulación del internamiento de extranjeros la encontramos en primer orden a nivel europeo en el apartado 1 del artículo 15, de la Directiva 2008/115/CE⁷⁹⁵ - Directiva de Retorno, la misma que abre la posibilidad de que los Estados Miembros puedan disponer el internamiento de extranjeros que se encuentren en situación irregular. Dichas medidas tienen como finalidad materializar la expulsión de su territorio, especificando dos supuestos de hecho para ello:

- El riesgo de fuga⁷⁹⁶;
- Que el inmigrante evite o dificulte la preparación del proceso de retorno o expulsión.

Asimismo, como vimos en el capítulo anterior, la Directiva europea contempla la posibilidad de internar a un extranjero en situación irregular hasta un máximo de 18 meses. La Directiva 2008/115/CE se condice con lo establecido en el artículo 5.1 f) del Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950 que establece:

“Artículo 5 Derecho a la libertad y a la seguridad

⁷⁹⁵Artículo 15: Internamiento:

2. Salvo que en el caso concreto de que se trate puedan aplicarse con eficacia otras medidas suficientes de carácter menos coercitivo, los Estados miembros podrán mantener internados a los nacionales de terceros países que sean objeto de procedimientos de retorno, únicamente a fin de preparar el retorno o la ejecución del proceso de expulsión, especialmente cuando:

- haya riesgo de fuga, o
- el nacional de un tercer país afectado evite o dificulte la preparación del proceso de retorno o expulsión.

⁷⁹⁶ Conforme al art. 3.7 de la Directiva de Retorno se entiende por "riesgo de fuga, la existencia de motivos en un caso concreto que se basen en criterios objetivos definidos por ley y que hagan suponer que un nacional de un tercer país sujeto a procedimientos de retorno pueda fugarse".

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley:

“...f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición...”

Como podemos apreciar, la Directiva contempla la posibilidad de detención e internamiento de aquellos extranjeros que se encuentren irregularmente en el territorio de los Estados, aplicándoles las normas internas que correspondan, las que pueden contener previsiones diferentes pero deben responder a la finalidad y a los parámetros básicos de la Directiva 2008/115/CE.

A nivel nacional la actual legislación de extranjería, contempla el internamiento de extranjeros en situación irregular entre las medidas provisionales que se pueden adoptar para asegurar la eficacia de la orden de expulsión. Dicha previsión se mantiene en cumplimiento de la Directiva europea de retorno, aún a pesar de las fuertes críticas de la doctrina y la problemática que en sí mismos suscitan los Centros de Internamiento para Extranjeros. En ese sentido, ALARCÓN califica esta institución de *"monumento al significado más policial y represivo presente en el modelo de regulación que inspiró la LO 7/1985"*⁷⁹⁷.

El marco legal regulador del internamiento lo constituye básicamente la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, cuyo artículo 61.1 e) establece el internamiento judicial en los centros de internamiento para extranjeros, como una de las medidas que pueden ser impuestas a los extranjeros. Asimismo, se regula en los artículos 58.6, 60 y 62 el internamiento bajo tres presupuestos distintos: el primero cuando se demore más de setenta y dos horas la ejecución de la devolución de las personas extranjeras, el segundo en el caso de la demora en el retorno de los extranjeros a los que en frontera no se les

⁷⁹⁷ ALARCÓN MOHEDANO, P.; VIDAL DE MARTÍN, L., “¿La nueva regulación de los centros de internamiento de extranjeros?”, *Revista Tapia*, núm. 106, octubre, 1999., pág. 860.

permita el ingreso en España y por último cuando se trate de extranjeros sometidos a expedientes de expulsión⁷⁹⁸.

Adicionalmente, el internamiento en los CIE se regula mediante el Reglamento de Funcionamiento y Régimen Interior de los Centros de Internamiento para Extranjeros, aprobado mediante Real Decreto 162/2014 del 14 de marzo, cuyo artículo 2º dispone que el ingreso en los Centros de Internamiento, solamente se podrá realizar en virtud de resolución de la autoridad judicial competente.

Sobre el punto, PECES⁷⁹⁹ ha criticado la inoportunidad de regular reglamentariamente las garantías jurisdiccionales en la devolución, retorno y expulsión de extranjeros, alegando que es poco respetuoso con el “principio de la independencia judicial y sumisión exclusiva al imperio de la ley”⁸⁰⁰, asimismo argumenta que *"cuando en el ejercicio de la potestad jurisdiccional los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo revisan la legalidad de los actos y disposiciones de las Administraciones Públicas interpretan y aplican normas reglamentarias, pero lo hacen desde su cometido de control jurisdiccional, mientras que en los aludidos preceptos reglamentarios se señala al Juez cuándo y cómo debe ejercer su función de garante, lo que no parece acorde con su condición de ejerciente de un poder del Estado, entre cuyos cometidos está el de controlar la potestad reglamentaria del Ejecutivo, por lo que*

⁷⁹⁸ Artículo 58 Efectos de la expulsión y la devolución

6. Cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión.

Artículo 60 Efectos de la denegación de entrada “1. Los extranjeros a los que en frontera se les deniegue la entrada según lo previsto por el artículo 26.2 de esta Ley, estarán obligados a regresar a su punto de origen.

La resolución de la denegación de entrada conllevará la adopción inmediata de las medidas necesarias para que el extranjero regrese en el plazo más breve posible. Cuando el regreso fuera a retrasarse más de setenta y dos horas, la autoridad que hubiera denegado la entrada se dirigirá al Juez de Instrucción para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta ese momento.

2. Los lugares de internamiento para extranjeros no tendrán carácter penitenciario, y estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios. Los extranjeros internados estarán privados únicamente del derecho ambulatorio...”.

Artículo 62 Ingreso en centros de internamiento

“1. Incoado el expediente por alguno de los supuestos contemplados en las letras a) y b) del artículo 54.1, en las letras a), d) y f) del artículo 53.1 y en el artículo 57.2 de esta Ley Orgánica en el que pueda proponerse expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al Juez de Instrucción competente que disponga el ingreso del extranjero en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador...”.

⁷⁹⁹ PECES MORATE, E. J., “Garantías jurisdiccionales para los extranjeros. Medidas cautelares en el proceso”, en *Reflexiones sobre la nueva ley de extranjería. Cuadernos de derecho judicial*, VIII- 2001, CGPJ, Madrid 2002, pág. 230.

⁸⁰⁰ Artículos 117.1 de la Constitución Española y 1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

considero que sobran del Reglamento de Ejecución de la Ley de Extranjería todos los preceptos relativos al cometido garantista de los Jueces de Instrucción...⁸⁰¹.

Desde nuestro punto de vista la afirmación de PECES no resultaría válida, por cuanto los preceptos del Reglamento que se refieren a las garantías en la devolución o retorno, tienen cobertura legal en lo dispuesto en la Ley de Extranjería. Como hemos visto, si bien es cierto la libertad es un derecho fundamental no es absoluto, y puede ser restringido en ciertas circunstancias, si éstas se encuentran previamente contempladas en una norma con rango de Ley Orgánica, como es el caso de la LO 4/2000.

Cabe aclarar que la doctrina constitucional estima en común que: “...la remisión a la ley no implica que el legislador quede habilitado para prever otras privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada, supuesto en el que padecería tanto la libertad como la seguridad de la persona...”⁸⁰², como puede advertirse el TC hace referencia a que la creación de situaciones *per se* restrictivas de derechos fundamentales, como es el caso de la libertad personal, no pueden ser adoptadas libremente por el legislador sin tener ellas una justificación efectiva. Como veremos en los párrafos siguientes, la medida de internamiento tiene una naturaleza *sui generis*, derivada de su tipificación en la Ley de Extranjería, su Reglamento, y en el Reglamento de Funcionamiento de los CIE. La naturaleza jurídica del internamiento la analizaremos a continuación.

1.2 Naturaleza jurídica

Debemos hacer hincapié en el carácter complejo de la medida de internamiento de extranjeros en situación irregular, puesto que como veremos más adelante, se trata de una medida que es adoptada por un Juez en el marco de un procedimiento administrativo, hecho que por cierto ha traído muchas controversias.

Es importante aclarar que el TC, mediante la STC 115/1987, declara la constitucionalidad del internamiento de extranjeros, partiendo de la premisa de que en ningún caso puede concebirse como un simple acto de ratificación formal de la solicitud

⁸⁰¹ PECES MORATE, J. E., “Garantías jurisdiccionales para los extranjeros...” cit., pág. 232.

⁸⁰² STC 341/1993, de 18 de noviembre y STC 174/1999, de 27 de septiembre.

administrativa de internamiento, sino que ha de suponer una auténtica garantía del derecho a la libertad personal del afectado, debiendo motivarse adecuadamente y de acuerdo a las circunstancias de cada caso en particular⁸⁰³.

El principio de proporcionalidad, como veremos más adelante, es una de las condiciones necesarias para que la intervención judicial cumpla con las debidas garantías constitucionales del control jurisdiccional de la medida, exigiendo que el internamiento sea proporcionado a las circunstancias de la persona⁸⁰⁴ y al fin de la medida⁸⁰⁵, así como que no exista otra medida menos gravosa, en términos de limitación de derechos, que cumpla el mismo fin.

Según el TC es el Juez en su auto motivado de internamiento el que, tras la ponderación de las circunstancias, riesgos y fines, debe aplicar el principio de proporcionalidad, siendo el garante de los derechos del extranjero⁸⁰⁶. En la práctica, se ha demostrado un exceso de automatismo en la adopción de esta medida cautelar, que adolece de la proporcionalidad y de la excepcionalidad exigible a la medida⁸⁰⁷, excepcionalidad que se traduce en la posibilidad de aplicar medidas aseguradoras menos gravosas, como las descritas en el art. 61 de la LO 4/2000⁸⁰⁸. Como es de verse la STC 115/1987, adicionalmente de dotar de constitucionalidad a la medida de internamiento, nos da a entender que no existe en ella vulneración del derecho a la libertad del

⁸⁰³GÓMEZ FERRER, R.; ORTEGA CARBALLO, C.; RIPOLL CARULLA, S., *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Lex Nova, Barcelona, 2010, pág. 85.

⁸⁰⁴ Contendidas en el art. 62 de la LO 4/2000.

⁸⁰⁵ Evitar la fuga o elusión de la expulsión.

⁸⁰⁶ SSTC 144/90, de 26 de setiembre; 96/1995, de 19 de junio; 182/1996, de 12 noviembre, entre otras.

⁸⁰⁷ PUEBLOS UNIDOS- FUNDACIÓN SAN JUAN DEL CASTILLO, *Situación actual de los Centros de Extranjeros en España y su adecuación al marco legal vigente*, Informe elaborado por las Clínicas Jurídicas de ICADE (Universidad Pontificia Comillas), PER LA JUSTÍCIA SOCIAL (Universidad de Valencia), DRET AL DRET (Universidad de Barcelona) y el Observatorio de Derechos Humanos (Universidad de Valladolid), Madrid, 2015, pag.1.

⁸⁰⁸ Artículo 61 Medidas cautelares

1. Desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión, el instructor, a fin de asegurar la resolución final que pudiera recaer, podrá adoptar alguna de las siguientes medidas cautelares:

- a) Presentación periódica ante las autoridades competentes.
- b) Residencia obligatoria en determinado lugar.
- c) Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida.
- d) Detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un período máximo de 72 horas previas a la solicitud de internamiento. En cualquier otro supuesto de detención, la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a 72 horas.
- e) Internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento.
- f) Cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente.

extranjero, puesto que existe intervención judicial con las garantías constitucionales que ello conlleva.

De igual forma en lo referente a su naturaleza jurídica, la jurisprudencia Constitucional tiene una posición clara, pues reitera en numerosas ocasiones que es el Juez la autoridad competente para autorizar el internamiento del extranjero, haciéndose hincapié en que dicha medida proviene de la sustanciación de un expediente administrativo de expulsión; así lo establece en las STC 144/90, de 26 de setiembre, STC 96/1995, de 19 de junio y STC 182/1996, de 12 de noviembre, que en común señalan:

“En el procedimiento de expulsión, la decisión final sobre la misma corresponde al órgano gubernativo, y por ello es una decisión que puede condicionar la propia situación del extranjero detenido. Ello significa que el órgano que “interesa” el internamiento persigue un interés específico estatal, relacionado con la policía de extranjeros, y no actúa ya, como en la detención penal, como un mero auxiliar de la justicia, sino como titular de intereses públicos propios.... La voluntad de la ley, y desde luego el mandato de la Constitución es que, más allá de las setenta y dos horas, corresponda a un órgano judicial la decisión sobre mantenimiento o no de la limitación de la libertad. No deja de ser relevante al respecto la previsión contenida en el Art. 117.4 de la Constitución que permite la atribución por ley de funciones no juzgadoras a los órganos judiciales “en garantía de cualquier derecho”, y, en el presente caso, para la garantía de la libertad del extranjero afectado. Lo que el precepto legal establece es que el órgano administrativo, en el plazo máximo de setenta y dos horas, ha de solicitar del Juez que autorice el internamiento del extranjero pendiente de trámite de expulsión.... La disponibilidad sobre la pérdida de libertad es judicial, sin perjuicio del carácter administrativo de la decisión de expulsión y de la ejecución de la misma”.

Como vemos, el Tribunal Constitucional sostiene que aunque se produce una real puesta a disposición judicial del extranjero, este hecho no desvirtúa la naturaleza administrativa del procedimiento que le da origen. La intervención judicial, conlleva un deber de vigilancia sobre las condiciones en las cuales se lleva a cabo la privación de libertad y además el Juez, como veremos más adelante, cuenta con un margen de discrecionalidad en el cual puede elegir aplicar otras medidas cautelares menos gravosas

que la privación de libertad, como es el caso de la obligación de poseer un domicilio fijo, la retirada de la documentación identificativa, etc.

Adicionalmente cabe resaltar que la medida de internamiento es una medida de carácter excepcional, es decir debe aplicarse sólo en aquellos casos en los cuales no resulte viable aplicar otra medida menos nociva o restrictiva de la libertad del extranjero; en ese sentido el Tribunal Constitucional⁸⁰⁹ señala: “*Ha de decidirse que el internamiento del extranjero debe regirse por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar...*”.

Según MARTÍNEZ PARDO⁸¹⁰, la naturaleza jurídica del internamiento de extranjeros es compleja, porque se trata de una medida preventiva dentro de un procedimiento administrativo sancionador que procede aplicar cuando existe riesgo de fuga del extranjero; en ese sentido VIDAL FUEYO⁸¹¹ afirma que para que resulte plenamente constitucional, deberá ser la jurisdicción contencioso administrativa y no el Juez de Instrucción el competente para decidir el internamiento, dado que ese es el fuero que tiene competencia para conocer los posibles recursos contra la expulsión.

Para nosotros el internamiento de extranjeros es una medida *sui generis*, porque entraña la participación del órgano administrativo competente para conocer el procedimiento de expulsión, retorno o devolución y el Juez de Instrucción, como una autoridad jurisdiccional del orden penal, quien deberá establecer si resulta viable privar de la libertad a una persona que a lo sumo ha cometido una infracción administrativa, más no un delito. Esta peculiaridad de la medida, nos hace reflexionar acerca de su coherencia.

A continuación, a fin de analizar la naturaleza jurídica de esta medida en su real dimensión, pasaremos a analizar si es de naturaleza cautelar o una sanción, y posteriormente, si es una decisión automática o discrecional del Juez competente.

⁸⁰⁹ STC 41/1982, de 2 de julio.

⁸¹⁰ MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, cit., pág. 226.

⁸¹¹ VIDAL FUEYO, C., *La nueva Ley de Extranjería a la luz del texto constitucional*, cit., pág. 216.

1.2.1 ¿Medida cautelar o sanción?

Si bien es cierto que la LO 4/2000 en su artículo 61.1 e), denomina al internamiento como medida cautelar, no hay unanimidad en la doctrina respecto de dicho carácter. En esa línea MOLINA⁸¹², concibe el internamiento como medida cautelar, y sostiene que como tal participa de los presupuestos de "*Fumus boni iuris*" y "*Periculum in mora*", en virtud del primero debe existir la fundada sospecha de la comisión de una infracción grave tipificada en la Ley de Extranjería y en virtud del segundo presupuesto, se concreta en el peligro de que se sustraiga a la Administración a la hora de materializar la expulsión del territorio español, por el riesgo de fuga del sujeto. De igual forma, MASSÓ GARROTE⁸¹³, no tiene dudas de que la medida de internamiento de extranjeros en la que participa un Juez, es una medida cautelar.

Por otro lado, THOMAS⁸¹⁴ estima que se trata de una medida que no tiene carácter cautelar, sino carácter de ejecución de lo acordado, por lo que resulta natural la exigencia de constancia del presupuesto de tal ejecución, como es la resolución administrativa que la acuerda. Por su parte, VILLAVERDE MENÉNDEZ⁸¹⁵, al igual que THOMAS, duda que el internamiento sea una medida cautelar personal de naturaleza judicial, a pesar de que se adopte por una resolución judicial, puesto que según el autor, el Juez de Instrucción se limita a cumplir una función de garante del derecho a la libertad personal del extranjero. Por otro lado, debemos señalar que a veces en los casos de devolución y retorno, el internamiento no es visto como una medida cautelar, sino como "un supuesto de ejecución forzosa de una resolución administrativa"⁸¹⁶, es decir el medio para materializar la sanción determinada en un procedimiento administrativo.

⁸¹²MOLINA NAVARRETE, C., y MONEREO PÉREZ, J. L. (coord.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración social*, Comares, Granada, 2001, pág. 860.

⁸¹³ MASSÓ GARROTE, M.F., *El nuevo Reglamento de Extranjería*, la Ley, Madrid, 2001, pág. 211.

⁸¹⁴THOMAS ANDREU, G., "La intervención del Juez Penal en el internamiento preventivo de extranjero. La autorización judicial para expulsar extranjeros encartados en determinados delitos y la expulsión como sustitutiva en cumplimiento de penas impuestas en sentencia", *"Extranjeros"-Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 37, CGPJ, Madrid, 1994, pág. 86.

⁸¹⁵VILLAVERDE MENÉNDEZ, A., I., "El régimen jurídico-constitucional de la detención e internamiento de los extranjeros con ocasión de su expulsión del Estado", en PRESNO LINERA, M. A. (coord.), *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socio económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pág. 191.

⁸¹⁶ VIDAL FUEYO, C., *La nueva Ley de Extranjería a la luz del texto constitucional*, cit., pág. 218.

Desde nuestro punto de vista, como ya lo hemos adelantado, consideramos que el internamiento de extranjeros es una medida que entraña una naturaleza jurídica sui generis y compleja, dado que no es formalmente una sanción, es decir, no se impone como consecuencia punitiva de un proceso penal, ni mucho menos de un proceso administrativo. Entonces, si no es una sanción podríamos preguntarnos ¿de qué se trata? La respuesta estriba en que dicha medida ha sido concebida por el legislador⁸¹⁷ como una medida asegurativa o cautelar, dentro de un procedimiento administrativo sancionador, es decir se trata de una medida para garantizar una decisión presente o futura, que en este caso es la expulsión de territorio español.

a) Las medidas cautelares, concepto y clases

Siendo el internamiento de extranjeros una medida cautelar, debemos analizar someramente su naturaleza jurídica a fin de entenderla en su real dimensión. Según el Diccionario de la Real Academia Española la palabra medida, en la acepción que nos atañe, significa prevención, disposición; prevención a su vez, equivale a conjunto de precauciones y medidas tomadas para evitar un riesgo. En el campo jurídico se entiende como tales, aquellas medidas que el legislador ha dictado con el objeto de que, la parte vencedora o que tiene las posibilidades de serlo, no quede burlada en su derecho.

Las medidas cautelares se diferencian de la acción preventiva definitiva, en la permanencia de sus efectos pues éstos son provisionales y dependen de un acto judicial posterior al servicio del cual se dicta, así según, MARTÍNEZ BOTOS, “...*las medidas cautelares son disposiciones judiciales que se dictan para garantizar el resultado de un proceso y asegurar el cumplimiento de la sentencia, evitando la frustración del derecho del peticionante derivada de la duración del mismo...*”⁸¹⁸.

Las medidas cautelares pueden ser definidas, como todas aquellas actuaciones o decisiones que sin prejuzgar el resultado final de contenido positivo o negativo, que puede adoptar un órgano de la Administración Pública o un juez o magistrado del poder judicial, para que las resultas, de la resolución administrativa o judicial, surtan plenos

⁸¹⁷ Según la LO 4/2000, el internamiento en los CIE es una medida cautelar destinada a garantizar la expulsión del extranjero.

⁸¹⁸ MARTÍNEZ BOTOS, M., *Medidas Cautelares*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1990, pág. 27.

efectos para los interesados o para la parte procesal; para ello se exige la concurrencia de dos requisitos: el *fumus boni iuris* o apariencia de buen Derecho y el *periculum in mora* o peligro/riesgo por el paso del tiempo⁸¹⁹.

Una de las características principales de estas medidas es su accesoriedad, es decir las medidas cautelares no tienen un fin en sí mismas, dependen de una pretensión principal y se sujetan a las contingencias y vicisitudes de ella; esta nota de accesoriedad existe en todas las medidas cautelares, incluso en aquellas que han dado en denominarse autónomas⁸²⁰. En el derecho se contemplan medidas cautelares de diversa naturaleza, basadas en función del tipo de proceso del que se trate, así podemos encontrar medidas cautelares en el ámbito penal, civil, laboral y administrativo.

Otra característica importante es su provisionalidad, una medida cautelar solo puede acordarse provisionalmente en cuanto un proceso se haya iniciado. En efecto, la medida cautelar ya consentida puede, no obstante ello, ser revisada a posteriori si resultan falsos los hechos alegados para obtenerlas, o ciertas circunstancias relacionadas con ellos, como también si la situación fáctica original sufre cualquier alteración o cambio⁸²¹.

De igual forma, otra de sus características es su temporalidad, dado que la necesidad que la motiva desaparecerá una vez terminado el proceso principal, la medida nace en previsión de la prestación de una concreta actividad jurisdiccional, sea ésta declarativa o ejecutiva, una vez obtenida su mantenimiento deviene en insubsistente y la temporalidad está presente, además, por cuanto su mantenimiento está supeditado a una situación real de *litis pendencia*⁸²².

Asimismo, otra característica es su variabilidad por cuanto las medidas cautelares podrían ser modificadas o sustituidas si cambiaran los presupuestos que justificaron su adopción. Por último otro rasgo característico significativo, es que la

⁸¹⁹ CALVET BOTELLA, J.. “Medidas cautelares civiles”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1935, 2003, pág. 9.

⁸²⁰ PODETTI, J., *Derecho Procesal Civil Comercial y Laboral*, T. IV, Tratado de las Medidas Cautelares, Ed. Aguiar, Bs. As. 1956, pág. 12.

⁸²¹ NOVELLINO, J., *Embargo y Desembargo y demás Medidas Cautelares*, 4ta. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, pág. 24.

⁸²² MARTÍNEZ BOTOS, M., *Medidas Cautelares*, cit., pág. 28.

medida cautelar ha de ser adecuada para cumplir la función intrínseca de asegurar la efectividad práctica de la decisión definitiva, y debe serlo respecto de quien la demandó y frente a quien resultó ser autor de la resolución, cuyo contenido puede poner en peligro un derecho⁸²³.

b) Diferencias con las medidas cautelares derivadas del ámbito penal

En ese punto debemos resaltar que la medida cautelar de internamiento, no se debe confundir con las medidas cautelares de carácter personal previstas en el proceso penal. El fundamento de tales medidas en el proceso penal, no es otro que garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia condenatoria, y entre sus caracteres destacamos el de instrumentalidad en relación a otro proceso principal. Si no tenemos clara esta diferencia, podemos confundir la función coercitiva cautelar de estas medidas, con otras funciones coercitivas no cautelares, puesto que no toda coerción supone función cautelar⁸²⁴.

Si hacemos un parangón con el proceso penal, la medida análoga sería la prisión preventiva, pero no debemos dejar de lado el hecho de que se trata de un procedimiento administrativo, en el cual no es posible dictar una orden que prive de la libertad a una persona. Dicha abstracción jurídica es, por decir lo menos, sorprendente pues no estamos hablando de que dicha persona haya cometido un delito, sino que solo ha incurrido en una falta administrativa, siendo la privación de la libertad del individuo sólo una medida cautelar para garantizar el cumplimiento de la sanción administrativa, vale decir la expulsión del territorio español.

En conclusión para nosotros la medida de internamiento de un extranjero en un CIE, es en esencia una medida cautelar de naturaleza especial, puesto que es ordenada por un Juez, pero tiene como fundamento la sustanciación de un procedimiento administrativo de expulsión, ésta se adopta a pedido de la Autoridad Gubernativa instructora del procedimiento administrativo, limitándose el Juez a verificar si dicha medida es aplicable al caso, no constituyendo en ningún caso una sanción.

⁸²³ PALACIO, L. E., *Derecho Procesal Civil*, T. VIII, Nº 1232, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, pág. 324.

⁸²⁴ BARONA VILAR, S., GÓMEZ COLOMER, J.L. y MONTÓN REDONDO, A., *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pág. 462.

1.2.2 ¿Medida automática o discrecional?

Habiendo determinado que el internamiento en un CIE es una medida cautelar y no una sanción, la que es dictada por un Juez en el marco de un procedimiento administrativo, procederemos a analizar si dicha medida es automática o, si por el contrario, se dicta aplicando criterios de discrecionalidad que pueden variar dependiendo de cada caso en particular.

Como hemos visto, es el Juez de Instrucción del lugar donde se encuentre el extranjero quien autoriza la medida de internamiento, es decir, es el competente para decretar la privación de libertad del extranjero, más allá de las 72 horas de duración máxima de detención⁸²⁵. Pero en este punto existen controversias sobre si la medida adoptada por el Juez es de carácter automático, es decir confirmatoria del requerimiento de la autoridad administrativa que conoce el expediente de expulsión, o, en su defecto, si dicho Juez tiene la facultad de no emitir la petición de internamiento atendiendo las circunstancias personales, familiares y el contexto social del extranjero.

El segundo párrafo del artículo 62.1 de la LO 4/2000, establece que “El Juez, previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, resolverá mediante auto motivado, en el que, de acuerdo con el principio de proporcionalidad, tomará en consideración las circunstancias concurrentes y, en especial, el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes”. Como podemos apreciar, la Ley de Extranjería otorga al Juez la facultad de decidir o no el internamiento, en virtud de diversos criterios tasados en dicha norma.

⁸²⁵ Ya sea que se trate de una detención preventiva a la cual le alcanza la protección del art. 17.2 CE o en su defecto una detención en cumplimiento de la LO 4/2000, a la cual le alcanza la protección del art. 17.1 CE.

Respecto al carácter automático o discrecional del internamiento, el Tribunal Constitucional⁸²⁶, reafirmando la naturaleza de excepcionalidad de la medida de internamiento, señala que el auto debe ser motivado y tener en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, no necesariamente las relativas a la decisión de expulsión sino las concernientes, entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación personal, a la probabilidad de huida o cualquier otra que el Juez estime relevante. Según el TC, el internamiento del extranjero debe regirse por el principio de excepcionalidad y la libertad debe ser respetada, salvo que, se estime indispensable privarlo por razones de cautela o de prevención.

De igual forma, en su STC 169/2008⁸²⁷, el Tribunal recuerda que el internamiento de un extranjero, sólo puede ser acordado por el órgano jurisdiccional competente de forma motivada, previa audiencia al interesado y tras haber valorado una serie de circunstancias ya citadas anteriormente; reiterando así el TC, su tendencia a señalar la obligación de motivar adecuada y pormenorizadamente la necesidad de una medida que suponga la privación de libertad de un extranjero, incurso en un proceso de expulsión o devolución.

En cumplimiento de ello, los autos judiciales que autorizan el internamiento y los informes del Ministerio Fiscal deberán motivar, justificar y ponderar de acuerdo con el principio de proporcionalidad, las circunstancias concurrentes, el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones de la persona que tuvieran por finalidad obstruir o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes.

Como podemos apreciar, la medida de internamiento adoptada por el Juez no tiene una naturaleza automática, sino por el contrario, es discrecional y debe adoptarse en función de las circunstancias de cada caso, para lo cual el Juez deberá aplicar los principios de proporcionalidad y “*favor libertatis*”, que someramente desarrollaremos a continuación.

⁸²⁶ STC 41/1982, de 2 de julio y 115/87, de 7 de julio.

⁸²⁷ STC 169/2008, de 15 de diciembre.

a) Aplicación del Principio de Proporcionalidad

En un principio debemos partir de la premisa de que formalmente el Juez de Instrucción puede aprobar o denegar la solicitud de internamiento cursada por la autoridad gubernativa, para ello atendiendo a su discrecionalidad y a la aplicación del principio de proporcionalidad, deberá ponderar las circunstancias de cada caso en particular y verificar que no existe otra medida alternativa igualmente eficaz, que restrinja en menor medida el derecho a la libertad; una vez tomada su decisión, deberá pronunciarse motivando su decisión final. El juicio de proporcionalidad es imprescindible para determinar si la medida a analizar vulnera algún derecho fundamental, y en el caso de ser así, proceder a analizar cuál es la naturaleza de la vulneración o limitación y determinar si ésta se encuentra plenamente justificada.

En ese sentido, la LO 4/2000 establece taxativamente que el Juez deberá aplicar el principio de proporcionalidad, a fin de determinar si acepta o rechaza la propuesta del órgano instructor para el internamiento del extranjero. Como bien sostiene FERRAJOLI⁸²⁸, los derechos fundamentales pueden ser limitados por otros derechos fundamentales o bienes constitucionalmente protegidos, dado que no constituyen derechos absolutos, pero debemos tomar en consideración que tampoco son absolutos los límites a los que ha de someterse el ejercicio de tales derechos; según el autor, para lograr un adecuado juicio de proporcionalidad, debe analizarse la limitación que se ha efectuado al derecho, con la finalidad de valorar si está constitucionalmente justificada o no tal limitación.

Para mayor abundamiento, debemos señalar que tradicionalmente la justificación de la limitación requiere que se cumplan cuatro requisitos, que son los que constituyen el contenido del juicio de proporcionalidad⁸²⁹:

- a) Debe perseguir una finalidad legítima.

⁸²⁸ FERRAJOLI, J. L., *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, cit., pag. 125.

⁸²⁹ARNOLD, R.; MARTÍNEZ ESTAY, J., y ZÚÑIGA URBINA, F., “El Principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2012, pág. 71.

- b) Debe ser adecuada o idónea para la promoción y/o realización de la finalidad legítima.
- c) Debe ser necesaria, y entre varias alternativas de intervención debe preferirse la que afecte menos a los derechos involucrados.
- d) Debe ser proporcional en sentido estricto.

Por otro lado, SAPAG⁸³⁰ sostiene que para realizar un adecuado juicio de proporcionalidad debe atenderse a cinco criterios que denomina “tests”:

- 1) El primero de ellos el denominado *Juicio de Finalidad*, donde debe evaluarse la finalidad de la medida, preguntándose ¿cuál es su finalidad?, ¿si la medida es constitucional? y ¿Es socialmente relevante?.

En lo referente a la primera pregunta, debemos señalar que para realizar un adecuado examen de proporcionalidad debe entenderse correctamente la finalidad que persigue la norma, para lo que el operador jurídico debe valerse de analizar las circunstancias en que la norma fue emitida, las fuentes y los antecedentes de la norma. En el caso del internamiento de extranjeros, la norma ha sido creada con la finalidad de garantizar una futura y casi inminente expulsión, por lo tanto su finalidad sería desde este punto de vista legítima.

En lo que respecta a la constitucionalidad de la norma, el jurista debe analizar minuciosamente si la norma se encuentra acorde con el contexto constitucional dentro del cual se plasma, es decir, que la norma a analizar no sea contraria a los principios y preceptos contenidos en la respectiva Carta Magna y que la misma no se encuentre explícita o implícitamente prohibida. Aplicándolo a nuestro tema, hemos podido evidenciar que el Tribunal Constitucional considera que la medida de internamiento de

⁸³⁰ SAPAG, M., “El principio de proporcionalidad y el de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado“, *Dikaion*, núm. 17, Universidad de la Sabana, Chía, 2008, pág. 189.

extranjeros no vulnera la CE y, por lo tanto, es aplicable a los casos que la Ley prevé.

Por último para culminar el Juicio de Finalidad, debemos determinar si la norma es socialmente relevante, vale decir que debe tender a la justicia y el bien común y no al beneficio de una persona o un grupo reducido de la sociedad. En este punto radicaría la parte más débil del análisis, y nos genera una pregunta: ¿Es el internamiento de extranjeros necesario para lograr la justicia y el bien común de la sociedad? La respuesta podría parecer obvia y tender a decir que no, pero de ser así ¿por qué entonces se ha concebido como una manera gravosa de asegurar la expulsión de un extranjero en situación irregular, cuando pudieron haberse concebido otras formas igualmente eficaces? La respuesta será motivo de análisis en el capítulo siguiente.

- 2) El segundo test propuesto por dicho autor es el denominado *Juicio de Adecuación o de Idoneidad*, el que debe examinar la eficacia de los medios adoptados frente a la finalidad perseguida por la norma, vale decir que una norma que establezca medios que no sean capaces de alcanzar la finalidad deseada, debe ser declarada inconstitucional por su falta de razonabilidad, para lo que debe analizarse su adecuación en el momento de aplicación de la norma, puesto que si una norma resulta inadecuada en el momento de su promulgación pero, luego con el cambio de la coyuntura social, se vuelve adecuada a casos concretos, puede en dicha situación considerarse razonable. En este caso también nos encontramos frente a un tema controvertido, como veremos en el siguiente capítulo, el internamiento de extranjeros no es totalmente eficiente, puesto que cerca de un 50% de personas que son ingresadas en un CIE no pueden ser expulsadas del territorio español⁸³¹ y deben ser puestas en libertad quedando en una condición administrativa indeterminada, situación en la cual se genera el “bolsón” de personas irregularizables⁸³².

⁸³¹ Las cifras de expulsión efectiva las veremos con detalle en el siguiente capítulo.

⁸³² A este tema haremos referencia en el próximo capítulo pero podemos adelantar que muchas personas que son ingresadas en los CIE no logran ser expulsadas del país por lo que son puestas en libertad luego

- 3) El tercer test lo denomina *Juicio de Indispensabilidad*, conocido también como *Subprincipio de Necesidad*, según el cual la norma constitucional debe ser la más eficiente entre otras alternativas posibles; dicho en otros términos, el juicio de necesidad significa someter la norma a un examen de eficiencia, procediendo a compararla con otras normas eficaces que tengan la misma finalidad, en las cuales se determinará cuál de ellas será la que menos restrinja el derecho fundamental. Si luego del análisis se determina que la norma es la que produce efectos menos dañosos, o una limitación menor del derecho fundamental cumpliendo la misma finalidad, podremos decir que la norma es eficiente y por lo tanto razonable.

En este caso, si lo aplicamos al internamiento de personas extranjeras en situación irregular, podemos evidenciar que existen dentro de la Ley de Extranjería y su Reglamento otras medidas aplicables, denominadas cautelares, que pueden resultar tan o más eficientes; tal es el caso que hemos mencionado de retirada del Pasaporte, obligación de constituir un domicilio fijo, etc.

- 4) El cuarto test denominado *Juicio de Proporcionalidad* en sentido estricto, consiste en una comparación de los costos y beneficios de la norma, si los costos son superiores a los beneficios, la norma debe ser declarada inconstitucional. Debe primar en este análisis el costo económico, sujetos alcanzados y sujetos beneficiados, prolongación de la medida en el tiempo y el espacio, entre otros aspectos. En este aspecto también podemos afirmar que la medida de internamiento resultaría cuanto menos excesiva y nos evoca a una de las preguntas que han dado origen al presente trabajo de investigación: *¿El Estado de acogida en defensa de la seguridad, legalidad y/o integridad del disfrute de algunas de las prestaciones públicas que forman parte del Estado de Bienestar, puede privar de la libertad a las personas?* El análisis de esta disyuntiva será materia del siguiente capítulo.

de estar reclusas sesenta días. Estas personas no tienen posibilidades legales de regularizar su situación administrativa y permanecen de manera indefinida en España como irregulares.

5) Por último, SAPAG propone como último test *el Juicio de Respeto al Contenido Esencial de los Derechos Regulados*, en el cual se deberá realizar un análisis teleológico del contenido esencial del derecho fundamental a partir del bien jurídico protegido y su función en el sistema de los derechos, a modo de encontrar la armonización con los demás derechos y no hacerlos entrar en conflicto, ello con la finalidad de verificar si la norma altera o vulnera el contenido esencial de los derechos que se encuentren en juego.

En el caso que nos atañe, también nos surgen serias dudas acerca de la constitucionalidad esencial de la medida de internamiento de extranjeros y nos evoca otra de las preguntas iniciales de nuestro trabajo de investigación: *¿existe en la medida una vulneración efectiva del derecho a la libertad o es la natural consecuencia de la irregularidad administrativa?* La respuesta a este interrogante será analizada con más profundidad en el siguiente capítulo de la presente investigación. Sin embargo, desde ya puede hacernos reflexionar acerca de la verdadera dimensión de la medida, como hemos venido afirmando, no es una privación de libertad surgida de la comisión de un hecho delictivo, sino la consecuencia de un estado administrativo irregular del extranjero.

b) Aplicación del Principio “Favor Libertatis”

Por otro lado, debemos señalar que en la decisión de internamiento de un extranjero en situación irregular adicionalmente al principio de proporcionalidad, debe tomarse en consideración el principio “*Favor Libertatis*” a tenor del cual, en caso de incertidumbre u oscuridad de los textos expresos, hay que optar por la interpretación que ofrezca mayores garantías a las personas; así, conforme a este principio la Administración y/o el Juez de Instrucción deben optar por la decisión que menos afecte a la libertad del ciudadano⁸³³.

El principio *Favor Libertatis* se basa en la dignidad de la persona, así como los derechos inviolables que le son inherentes, entre ellos: el libre desarrollo de la

⁸³³ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “El tipo penal de tortura en la legislación española, a la luz de la jurisprudencia nacional e internacional”, *UNIVERSITAS VITAE homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Universidad de Salamanca, 2014., pág. 909.

personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás que, por cierto, son fundamento del orden político y de la paz social⁸³⁴. Al respecto debemos decir que dicho principio ha ido introduciéndose en el derecho administrativo, lo que significa, una aplicación restrictiva de las normas que limiten la libertad de las personas.

Según DE AHUMADA⁸³⁵, si consideramos la libertad personal desde una perspectiva de derecho fundamental consagrado en la Constitución, a las normas limitativas de libertad hay que añadir la existencia de lo que podríamos llamar “preferencia interpretativa”, según la cual el intérprete de la ley ha de preferir la interpretación que más optimice los derechos fundamentales, esto se plasma en una serie de principios, como lo sería el principio favor libertatis.

Con respecto a lo que nos interesa de este principio, la administración cuando aplica una norma y materializa una determinada actuación administrativa o, cuando interprete la misma, ha de seleccionar y aplicar la norma que en cada caso resulte más favorable para la persona humana, para su libertad y para sus derechos, cualquiera que sea la fuente que la suministre, ya sea nacional o internacional.

La manifestación de este principio, es el denominado juicio de necesidad el que conlleva para la Administración la obligación jurídica de limitar, en la menor medida posible, los espacios de libertad y el contenido sustantivo de los derechos de los particulares, esto es, de elegir la opción que menos restrinja los derechos ejercitables de los ciudadanos⁸³⁶. De esa manera se constituye como un límite esencial controlable por los Tribunales, siempre que se pruebe la existencia de otras opciones que, respetando los fines de la Ley, permitan alcanzar éstos con una incidencia menor en la esfera jurídica del destinatario de dichas medidas; de igual forma el Juez de Instrucción, una vez que tenga en su poder de competencia la decisión del internamiento, deberá aplicar este principio a fin de determinar la viabilidad de la medida.

⁸³⁴ Art. 10.1 de la Constitución Española.

⁸³⁵ DE AHUMADA, R. J., *Materiales para el estudio del derecho administrativo económico*, Dikynson, Madrid, 2002, pág. 139.

⁸³⁶ BARRANCO, P. M., *Aplicación del principio de proporcionalidad en actuaciones urbanísticas sin título jurídico habilitante*, UNIA, Huelva, 2010, pág. 35.

En este sentido debemos señalar que la LO 4/2000 prevé que, cuando hayan dejado de cumplirse las condiciones que determinaron su internamiento, el extranjero será puesto inmediatamente en libertad por la autoridad administrativa que lo tenga a su cargo, poniéndolo en conocimiento del Juez que autorizó su internamiento⁸³⁷; del mismo modo y por las mismas causas, podrá ser ordenado el fin del internamiento y la puesta en libertad inmediata del extranjero por el Juez, de oficio o a iniciativa de parte o del Ministerio Fiscal, cumpliéndose así satisfactoriamente con el principio *favor libertatis* exigido por la doctrina del Tribunal Constitucional⁸³⁸.

De todo lo expuesto se puede colegir que la orden judicial de internamiento no es automática, sino que es en esencia discrecional y que el Juez ha de valorar las circunstancias concurrentes en cada caso, aplicando el Principio de Proporcionalidad y el de Favor Libertatis, para lo que deberá de tener sumo cuidado en verificar si la causa de expulsión que se invoca se encuentra entre las comprendidas en la Ley de Extranjería, entre las que tenemos:

- Haber incurrido en la comisión de infracciones muy graves⁸³⁹;
- Haber incurrido en infracciones graves⁸⁴⁰;

⁸³⁷ Artículo 62 Ingreso en centros de internamiento

“...3. Cuando hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas en el apartado 1, el extranjero será puesto inmediatamente en libertad por la autoridad administrativa que lo tenga a su cargo, poniéndolo en conocimiento del Juez que autorizó su internamiento. Del mismo modo y por las mismas causas, podrá ser ordenado el fin del internamiento y la puesta en libertad inmediata del extranjero por el Juez, de oficio o a iniciativa de parte o del Ministerio Fiscal.”

⁸³⁸ SSTC 41/1982, de 2 de julio.; 115/87, de 7 de julio; 169/2008, de 15 de diciembre; entre otras.

⁸³⁹ Artículo 54 Infracciones muy graves

1. Son infracciones muy graves:

a) Participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

b) Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito.

⁸⁴⁰ Artículo 53 Infracciones graves

1. Son infracciones graves:

a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente....

d) El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley...

- Haber cometido delitos⁸⁴¹;
- Encontrarse en supuestos de devolución⁸⁴² o de denegación de entrada⁸⁴³.

Asimismo, deberá evaluar si los extranjeros incurso en dichas causas de expulsión, no se encuentran en alguna situación que impida llevar a cabo la expulsión (Artículo 57.5 y 57.6.⁸⁴⁴). Por lo tanto, sólo tras comprobar que se dan estas condiciones

f) La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana...

⁸⁴¹ Artículo 57 Expulsión del territorio

“...2. Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados...”.

“...7.

a) Cuando el extranjero se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la autorizará salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación.

En el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados, y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización a que se refiere el párrafo anterior.

b) No obstante lo señalado en el párrafo a) anterior, el juez podrá autorizar, a instancias del interesado y previa audiencia del Ministerio Fiscal, la salida del extranjero del territorio español en la forma que determina la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

c) No serán de aplicación las previsiones contenidas en los párrafos anteriores cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis del Código Penal...”.

⁸⁴² Artículo 58 Efectos de la expulsión y devolución

“...6. Cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de 72 horas, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión.

⁸⁴³ Artículo 60 Efectos de la denegación de entrada

1. Los extranjeros a los que en frontera se les deniegue la entrada según lo previsto por el artículo 26.2 de esta Ley, estarán obligados a regresar a su punto de origen.

La resolución de la denegación de entrada conllevará la adopción inmediata de las medidas necesarias para que el extranjero regrese en el plazo más breve posible. Cuando el regreso fuera a retrasarse más de setenta y dos horas, la autoridad que hubiera denegado la entrada se dirigirá al Juez de Instrucción para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta ese momento.

⁸⁴⁴ Artículo 57 Expulsión del territorio

5. La sanción de expulsión no podrá ser impuesta, salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a) del apartado 1, o suponga una reincidencia en la comisión, en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos:

a) Los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años.

b) Los residentes de larga duración. Antes de adoptar la decisión de la expulsión de un residente de larga duración, deberá tomarse en consideración el tiempo de su residencia en España y los vínculos creados, su edad, las consecuencias para el interesado y para los miembros de su familia, y los vínculos con el país al que va a ser expulsado.

c) Los que hayan sido españoles de origen y hubieran perdido la nacionalidad española.

d) Los que sean beneficiarios de una prestación por incapacidad permanente para el trabajo como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional ocurridos en España, así como los que

y de dar audiencia al procesado y al Ministerio Fiscal y tras recibir el informe de éste, podrá el Juez adoptar la medida de privación de libertad.

Como es de verse, los requisitos impuestos por la Ley de Extranjería y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, a la que anteriormente hemos hecho referencia, determinan que el internamiento de los extranjeros no pueda considerarse como una medida eminentemente administrativa, porque interviene un Juez en su aprobación, ni tampoco puede adoptarse sin tomar en consideración las garantías de fondo y forma que eviten su carácter arbitrario. El internamiento de extranjeros, como ya lo hemos advertido, viene a ser una medida cautelar de carácter especial, en la cual el Juez tiene la facultad discrecional de adoptarla o no, en función de las circunstancias de cada caso particular y tomando en consideración la posible aplicación de otras medidas menos gravosas para la persona.

1.2.3 ¿Vulneración del artículo 25.3 de la Constitución Española?

A continuación pasaremos a analizar si la privación de libertad llevada a cabo en los CIE, vulnera el artículo 25.3 CE. Para ello haremos una muy breve reseña del contenido del artículo 25 de la Constitución Española.

El artículo 25 CE establece:

“Artículo 25

1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

perciban una prestación contributiva por desempleo o sean beneficiarios de una prestación económica asistencial de carácter público destinada a lograr su inserción o reinserción social o laboral.

Tampoco se podrá imponer o, en su caso, ejecutar la sanción de expulsión al cónyuge del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y que haya residido legalmente en España durante más de dos años, ni a sus ascendientes e hijos menores, o mayores con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud, que estén a su cargo.

6. La expulsión no podrá ser ejecutada cuando ésta conculcase el principio de no devolución, o afecte a las mujeres embarazadas, cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o la salud de la madre.

2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.

3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.”

Como es de verse el contenido del artículo 25 se desglosa en:

- La proclamación del principio de legalidad;
- Mandatos al legislador para orientar la regulación de la relación de sujeción especial penitenciaria, y;
- La prohibición a la Administración civil de imponer sanciones que impliquen privación de libertad.

Según CANOSA⁸⁴⁵, el apartado 1 del artículo 25 proclama como derecho fundamental el principio de legalidad penal, extendiéndolo al derecho administrativo sancionador, lo que constituye una tradicional manifestación del garantismo que se expande a otro ámbito donde se pueden producir limitaciones de derechos; al respecto existe abundante jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁸⁴⁶, la que prescribe dicha aplicabilidad al ámbito administrativo pero, de una forma menos intensa. En este sentido la jurisprudencia del máximo intérprete de la Constitución, ha determinado que la reserva de ley en el ámbito administrativo sea menos estricta, ya que no se precisa la Ley Orgánica ni siquiera ley formal, pudiendo bastar el Decreto-Ley o el Decreto Legislativo, e incluso un reglamento administrativo para completar la previsión legal que debe ser, eso sí, suficientemente precisa de los hechos sancionables y de la

⁸⁴⁵ CANOSA USERA, R., “Sinopsis artículo 25- Constitución española, 2011”, en <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=25&tipo=2>, fecha de consulta: 27/04/2015.

⁸⁴⁶ STC 18/1981, de 8 de junio; las SSTC 50 y 55/2003, ambas 17 de diciembre, entre otras.

graduación de las sanciones, sin que ello implique que los reglamentos contengan un regulación independiente y no subordinada a la ley, sino que deben completar el sentido de la misma⁸⁴⁷. En ese sentido LASAGABASTER afirma: “El principio de reserva de ley en materia sancionadora no tiene que ser igual o tener el mismo alcance en todas las materias. El alcance de la reserva de ley puede ser diferente según la materia en cuestión de la que se trate, a pesar de que en todos los casos se regulen infracciones y sanciones”⁸⁴⁸. Por su parte cabe aclarar que, el TC ha precisado que mientras que en la esfera penal la reserva de ley es absoluta, es decir de Ley Orgánica⁸⁴⁹, esta dimensión formal se atenúa en el campo del Derecho administrativo sancionador⁸⁵⁰.

La reserva de ley implica a su vez una triple exigencia, la existencia de *lex scripta*, *lex previa* y *lex certa*. La primera, reproducida los artículos 1.1 y 2.1 del Código Penal, atañe a los actos y omisiones sancionables y a las sanciones mismas que su comisión acarrea a los autores, y tiene como consecuencia fundamental que la costumbre no puede ser fuente de derecho penal⁸⁵¹. La segunda, *lex previa*, exige que los actos y omisiones estén sancionados según la legislación vigente en el momento de su comisión, es decir, se prohíbe la retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables. La tercera exigencia, *lex certa*, se traduce en el principio de tipicidad, estricto en el ámbito penal (artículos 10 y 12 del Código Penal), concretado como principio de taxatividad, lo que significa que el supuesto de hecho ha de hallarse estrictamente delimitado y con la máxima claridad, dicha garantía se basa en el principio de seguridad jurídica⁸⁵².

Debemos señalar que, según la jurisprudencia del TC, la necesidad de tipos claros recogidos en la ley se extiende al derecho administrativo sancionador⁸⁵³ que puede ser completada por el reglamento administrativo⁸⁵⁴, siendo admisible cuando esa

⁸⁴⁷ SSTC 83/1984, de 24 de julio, 42/1987, de 7 de abril, 3/1988, de 21 de enero y 25/2002, de 18 de enero.

⁸⁴⁸ LASAGABASTER HERRARTE, I. (Dir.), *Ley de la potestad sancionadora. Comentario sistemático*, Lete, Bilbao, 2006, pág. 114.

⁸⁴⁹ SSTC 25/1984, 23 de febrero, y 159/1986, de 12 de diciembre.

⁸⁵⁰ STC 52/2003, de 17 de marzo.

⁸⁵¹ SSTC 42/1987, de 7 de abril; 60/2000, de 2 de marzo; 113/2003, de 16 de junio y 24/2004, de 24 de febrero.

⁸⁵² STSJ de Canarias, de 2 de febrero de 2001, Ar. 717. LASAGABASTER HERRARTE, I. (Dir.), *Ley de la potestad sancionadora...*, cit., pág. 115.

⁸⁵³ STC 100/2003, de 2 de junio.

⁸⁵⁴ STC 42/1987, de 7 de abril.

remisión se mantenga claramente subordinada a la ley⁸⁵⁵. Al respecto, el artículo 27 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen de las administraciones públicas, establece que las leyes deberán tipificar las infracciones con la mayor precisión posible clasificándolas en muy graves, graves y leves; en dicho precepto se recoge el principio de tipicidad de las sanciones administrativas, haciéndose hincapié en la necesidad de describir adecuadamente las conductas que son consideradas infracciones, graduándolas de acuerdo a su gravedad. Al respecto el TC ha establecido que, “la norma punitiva aplicable ha de permitir predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien las cometa”⁸⁵⁶.

El segundo apartado del artículo 25 CE, establece principios penitenciarios y pone en relieve los derechos de las personas que cumplen penas privativas de libertad; según CANOSA⁸⁵⁷ el apartado 2 del artículo 25, presenta un contenido difuso que podía agruparse en los siguientes contenidos: principio general de orientación de las penas, recordatorio de la titularidad los derechos fundamentales de los condenados y proclamación del derecho al trabajo y a la cultura de los internos en prisión.

Por su parte el apartado tercero del artículo 25 CE, establece la prohibición a la administración civil de imponer penas privativas de libertad; en este sentido debemos señalar que una de las controversias más debatidas, ha sido la relativa a determinar si la privación de libertad llevada a cabo en los CIE contraviene lo establecido en el artículo 25.3 de la Constitución Española⁸⁵⁸. Como norma de desarrollo que conviene mencionar, tenemos el artículo 29.1 de la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público, que establece la prohibición de la administración de imponer sanciones de privación de libertad.

⁸⁵⁵ STC 52/2003, de 17 de marzo.

⁸⁵⁶ SSTC 219/1989, de 21 de diciembre; 116/1993, de 29 de marzo; 153/1996, de 30 de setiembre y 25/2002, de 18 de enero.

⁸⁵⁷ CANOSA USERA, R., “Sinopsis artículo 25- Constitución española”, cit.

⁸⁵⁸ Artículo 25.3.- “La Administración civil no podrá imponer sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad”.

Según CABALLOL⁸⁵⁹, el artículo 25.3 CE tiene por finalidad responder a los excesos que históricamente había cometido la administración pública en materia sancionadora, al imponer penas, muchas veces de manera arbitraria y casi sin garantías para el administrado, entre ellas las sanciones de privación de libertad, sobre todo en el campo del orden público, para esta autora todos los textos normativos que se opongan a dicho precepto han de entenderse derogados y considera que este precepto dota de protección constitucional a la potestad sancionadora de la Administración, al imponer como único límite la aplicación de medidas privativas de la libertad, la cual sólo es potestad de los Tribunales, salvo ciertas excepciones como es el caso del Fuero Militar⁸⁶⁰; en el mismo sentido, GARRIDO sostiene: “*en un Estado de derecho, solamente corresponde a los Tribunales de Justicia Penal privar de libertad a los ciudadanos*”⁸⁶¹.

Por su parte debemos señalar que el Artículo 62 de la Ley de Extranjería, establece que los requisitos para proceder a disponer el internamiento de extranjeros son, en primer lugar: la incoación previa de un expediente sancionador, basado en la irregularidad administrativa del extranjero y la autorización judicial respectiva que deberá ser emitida por el Juzgado de Instrucción del lugar donde se practique la detención, previa audiencia al extranjero y del Ministerio Fiscal; vale decir que no puede disponerse administrativamente el internamiento de una persona en situación irregular, puesto que dicha decisión debe ser emitida por un Juez de Instrucción, el que tampoco podrá autorizar el internamiento sin que exista previamente un expediente sancionador, en el cual el Instructor solicite la medida de internamiento al Juzgado. En caso de que el Juez ordene una medida de internamiento sin haber advertido la existencia de un expediente sancionador previo, o incumpliendo el procedimiento que establece la normativa vigente, podría incurrir en delito de prevaricación, tal como lo establece la Jurisprudencia del Tribunal Supremo⁸⁶². Por lo tanto, debemos reconocer

⁸⁵⁹ CABALLOL ANGRILL, M., “El reconocimiento constitucional de la potestad sancionadora de la administración. Límites establecidos en el artículo 25.1 de la Constitución”, *Revista Autonomías*, núm. 11, 1990, pág. 125.

⁸⁶⁰ Nos referimos a la legitimidad constitucional de las sanciones disciplinarias administrativas que, en el ámbito castrense, pueden suponer privación de libertad en atención a lo establecido en la Ley Orgánica 8/1998, de 2 de diciembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas y en las SSTC 21/1981, de 15 de junio y 31/1985, de 5 de marzo.

⁸⁶¹ GARRIDO FALLA, F., “Comentario al artículo 25.3 de la Constitución”, en *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, pág. 23.

⁸⁶² STS 992/2013 de 20 de diciembre.

que existe en el ámbito formal, una protección jurídica del extranjero con respecto a la privación de libertad que puede sufrir como consecuencia de la autorización judicial de internamiento en un CIE.

Debemos poner en relieve, que el art. 62.1 de la Ley de Extranjería, establece que el Juzgado, antes de emitir la autorización para proceder al internamiento, debe primero oír al interesado y al Ministerio Fiscal, y luego de manera motivada emitir su resolución. En dicha resolución judicial el Juez, conforme al principio de proporcionalidad, deberá analizar las circunstancias concurrentes en cada caso, destacando el riesgo de incomparecencia por parte del extranjero⁸⁶³ y en caso de enfermedad grave del extranjero, el Juzgado de Instrucción competente podrá denegar dicho internamiento por considerarlo contraproducente para su salud.

Por otro lado, haciendo una retrospectiva, debemos señalar que la introducción por primera vez de la figura de los Centros de Internamiento para Extranjeros en la Ley de Extranjería de 1985 generó una fuerte polémica, una parte de la doctrina sostuvo que esta privación de libertad contradecía la Constitución Española, postura compartida también por el entonces Defensor del Pueblo, quien interpuso un recurso de inconstitucionalidad con fecha 3 de octubre de 1985, relativo a la conculcación de varios preceptos constitucionales, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, y de la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, por parte de una serie de artículos de la LO 7/1985 de Extranjería. Con relación a los CIE, el Defensor del Pueblo⁸⁶⁴ alegaba la inconstitucionalidad del artículo 26.2 de la Ley Orgánica de Extranjería, que preveía la detención gubernativa y el internamiento de carácter preventivo por un tiempo máximo de cuarenta días, debido a que si bien, la detención preventiva cautelar prevista en el art. 26.2 LO 7/1985, respeta la previsión constitucional del art. 17.2, en cuanto que la misma no puede exceder del plazo de 72 horas, no ocurre así con la medida de internamiento, dado que el procedimiento de expulsión es de naturaleza administrativa.

⁸⁶³ Para ello deberá analizar factores como: carecer de domicilio, carecer de documento identificativo, existencia de condenas previas, etc.

⁸⁶⁴ Recurso de Inconstitucionalidad N° 880/1985.

De igual forma se sostenía que, en virtud del artículo 25.3 CE, la Administración está incapacitada para dictar resoluciones con carácter cautelar que impliquen privación de libertad; además que la intervención del Juez, prevista en el precepto impugnado, no desvirtúa la índole administrativa del procedimiento de expulsión, pues tal intervención no tiene el carácter de una actividad jurisdiccional desarrollada en el marco de un proceso, sobre la base del principio de contradicción y ejercida con todas las medidas y garantías procesales que desprenden del orden constitucional. Por último, se alegaba que el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, contemplado en el artículo 24 CE, se otorga sin distinción a todas las personas, con independencia de su nacionalidad, interpretándose ello, a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre la materia, para lo cual debería tomarse en cuenta también el art. 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos⁸⁶⁵. Según el Defensor del Pueblo, el precepto impugnado vulneraba el derecho a la tutela judicial del extranjero detenido.

⁸⁶⁵ *Artículo 14*

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.
2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.
3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a) A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella;
 - b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;
 - c) A ser juzgada sin dilaciones indebidas;
 - d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo;
 - e) A interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo;
 - f) A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal;
 - g) A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.
4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.
5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley.
6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error

La respuesta del Tribunal Constitucional al recurso interpuesto por el Defensor del Pueblo se plasmó en su Sentencia 115/1987⁸⁶⁶, de 7 de julio, que declaró infundado el recurso, afirmando que sin perjuicio del carácter administrativo de la expulsión, la decisión acerca del internamiento es un pronunciamiento judicial y que, por lo tanto, no vulneraría el art. 25.3 de la Constitución. Según se desprende de la referida sentencia, la intervención judicial, no debía ser un simple acto de ratificación formal de la solicitud administrativa de internamiento, sino suponer una auténtica garantía del derecho a la libertad personal que se ve afectado, es decir, desde el punto de vista formal, la decisión final de privación de libertad no es administrativa sino judicial. Según el TC, el órgano judicial habrá de adoptar libremente su decisión, teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, no debiendo basarse en las relativas a la decisión de la expulsión en sí misma, sino en las concernientes a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su huida o cualquier otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión. Finalmente, el Tribunal añade que el internamiento de los extranjeros no puede considerarse ni de carácter administrativo, ni sin las garantías de fondo y forma que eviten su carácter arbitrario. En consecuencia, al ser susceptible de una interpretación conforme a la Constitución, no puede ser considerado como inconstitucional.

Al respecto existen posiciones doctrinarias contrapuestas, por una parte, en el mismo sentido que el Tribunal Constitucional opinan VILLAVERDE⁸⁶⁷ y MARTÍNEZ⁸⁶⁸, que justifican la postura formalista de la medida y no la esencia que posee en sí misma, dejando entrever que la interpretación realizada por el máximo intérprete de la Constitución es correcta en cuanto a su análisis formal, por lo que no se contravendría lo establecido en la norma constitucional; estos autores sostienen que si bien es cierto que la solicitud de internamiento se inicia a nivel administrativo por parte del órgano instructor, es el Juez quien finalmente decide el internamiento, teniendo éste

judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.

7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

⁸⁶⁶ STC 115/87, de 7 de julio, cit. Recurso de Inconstitucionalidad N° 880/1985, cit.

⁸⁶⁷ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., “Extranjeros e inmigración...”, cit., pág. 202.

⁸⁶⁸ MARTÍNEZ, V., *Detención e internamiento de Extranjeros*, cit., pág. 256.

la potestad de denegar la propuesta de internamiento, atendiendo a las circunstancias personales del extranjero.

Al respecto, BENITO⁸⁶⁹ afirma que la autorización judicial para el internamiento de extranjeros por sí sola como requisito formal, no es suficiente para salvaguardar el derecho a la libertad, dado que el Tribunal Constitucional⁸⁷⁰ ha establecido que la intervención judicial no debía ser un simple acto de ratificación formal de la solicitud administrativa de internamiento, sino suponer una auténtica garantía del derecho a la libertad personal que se ve afectado.

Por su parte, MARTÍNEZ ESCAMILLA⁸⁷¹ manifiesta una posición contraria, sosteniendo que la postura planteada es excesivamente formalista si se quiere interpretar el artículo 25.3 CE de acuerdo a su fin supremo, que es la protección del derecho fundamental a la libertad y por lo tanto no puede excluirse de su campo de acción a las medidas cautelares que tengan como contenido la privación de libertad, la que si es ejecutada, teniendo como marco un procedimiento administrativo y no uno de tipo penal, trae consigo la necesidad de analizar si dicha privación de libertad afecta a los derechos constitucionales del inmigrante, contemplados en el artículo 25.3 de la Constitución Española.

En el mismo sentido, el OBSERVATORI DEL SISTEMA PENAL I ELS DRETS HUMANS de la Universidad de Barcelona⁸⁷² “*considera inconstitucional la posibilidad prevista en el art. 62 de la Ley Orgánica de Extranjería consistente en internar cautelarmente a los extranjeros en virtud de alguna de las causales contempladas en la norma*”.

Según el OBSERVATORI, dicha privación de libertad vulnera tres artículos de la Constitución Española, entre ellos el 25.3 CE, cuyo contenido hemos analizado, el 17 CE, el cual sólo prevé la privación cautelar de libertad en causas constitutivas de delito

⁸⁶⁹ BENITO LÓPEZ, R, “Centros de Internamiento para Extranjeros, privación de libertad sin garantías”, *Corintios XIII*, núm. 137-138, enero- junio 2011, Madrid, pág. 305.

⁸⁷⁰ STC 115/1987, de 7 de julio, Recurso de Inconstitucionalidad N° 880/1985.

⁸⁷¹ MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?”, *Revista In Dret*, núm. 3/2009, Barcelona, 2009, pág.27.

⁸⁷² OBSERVATORI DEL SISTEMA PENAL I ELS DRETS HUMANS DE LA UNIVERSIDAD DE BARCELONA, “Primer Informe sobre los Procedimientos Administrativos de Detención,...”, 2003, pág. 17.

y también, como consecuencia de ello, se transgrediría el art. 24 CE, que garantiza la tutela judicial efectiva y prohíbe la indefensión.

Fundamenta su posición en tres argumentos:

- 1) El primero de ellos, en el hecho de que la ley de extranjería no articula un mecanismo de real y verdadera puesta del detenido a disposición de la autoridad judicial, es decir, en la praxis muchas veces el Juez sólo conoce el caso el día de la Audiencia y de manera muy somera;
- 2) El segundo, se basa en que la orden de internamiento constituye en sí misma una medida cautelar administrativa que implica privación de libertad; y.
- 3) El tercero y último, coincidiendo con BELLOCH⁸⁷³, lo fundamenta en el hecho de que no se prevé el mínimo sistema de garantías que haga posible que la intervención del Juez sea una verdadera decisión jurisdiccional, puesto que no conoce adecuadamente el procedimiento administrativo; en este sentido la intervención judicial carece de una efectiva tutela judicial.

Por nuestra parte coincidimos con esta última postura, pues consideramos que la esencia de la medida de internamiento viene dada por su origen, el cual es un procedimiento administrativo y que, por tanto, la *ratio decidendi* de la imposición de dicha medida es la comisión de una falta administrativa y no de un delito. Como podemos apreciar, el hecho de que la medida de internamiento la adopte un Juez no cambia su naturaleza de medida cautelar administrativa, por lo tanto, se está privando de la libertad a una persona por contravenir normas administrativas y no penales, lo cual desnaturaliza la esencia del derecho administrativo. Siendo así, y tomando como causa originaria de la medida de internamiento la existencia de un procedimiento administrativo sancionador, consideramos que, en efecto, se estaría vulnerando lo establecido en el artículo 25.3 de la CE, con nuestra afirmación no pretendemos negar la facultad de discrecionalidad que tiene el Juez para dictar la medida de internamiento,

⁸⁷³ , BELLOCH, J. A., “Los derechos del extranjero: el internamiento preventivo y su homologación judicial”, en *Privaciones de Libertad y Derechos Humanos*, Hacer, Barcelona, 1987, pág. 167.

pero ello no desnaturaliza la medida, dado que en esencia su motivación es de naturaleza administrativa.

Por otra parte según TOMÉ⁸⁷⁴, el instructor de un procedimiento administrativo sancionador deberá motivar adecuadamente su pedido de internamiento, pues la normativa establece que dicha medida se aplicará en última instancia cuando no sea posible adoptar otras medidas más benignas. En el mismo sentido se pronuncia el Ministerio Fiscal en su Circular 2/2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España y en la Circular 3/2001 sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería, deduciéndose de su contenido el carácter excepcional y hasta cierto punto residual de la medida de internamiento; el constituyente vetó a la administración civil para imponer sanciones privativas de libertad mediante el art. 25.3 CE, por entender que la gravedad de los actos sancionables por la vía administrativa no revestían la entidad suficiente como para privar del derecho a la libertad a las personas, entre ellas obviamente a los extranjeros en situación irregular. Sin embargo, de manera complementaria, el legislador ha dotado de tal facultad al Juez de Instrucción del lugar de la detención, pero con la exigencia de que dichas resoluciones judiciales deben ser motivadas, valorándose la excepcionalidad y la proporcionalidad de la medida, así como su necesidad; facultad que ha sido ratificada por el Tribunal Constitucional en reiterada jurisprudencia⁸⁷⁵.

En definitiva, es el Juez de instrucción la autoridad que decide si un extranjero en situación irregular es internado o no en un CIE, debiendo hacerlo de manera motivada y excepcional, sin embargo, aparentemente, en la praxis no siempre se cumple con dichos principios. La carga laboral y el hecho de no haber conocido el caso con antelación, traen como consecuencia que muchas veces los Jueces se pronuncien favorablemente sobre la medida de internamiento solicitada por el órgano instructor⁸⁷⁶, sin analizar si la medida se encuentra plenamente justificada y obviando, en el caso concreto, el hecho de que podrían dictarse otras medidas más benignas que igualmente asegurarían la futura expulsión del extranjero.

⁸⁷⁴ TOMÉ GARCÍA, J., *Intervención de juez penal en la expulsión de extranjeros*, Colex, Madrid, 2006, pág. 39.

⁸⁷⁵ SSTC 115/1987, de 7 de julio, 169/2008, de 15 de diciembre, entre otras.

⁸⁷⁶ TOMÉ GARCÍA, J., *Intervención de juez penal en la expulsión de...*, cit., pág. 41.

1.2 El papel del Juez y del Fiscal en la medida cautelar de internamiento de extranjeros

La medida cautelar de internamiento, como ya hemos señalado, se encuentra contemplada en los artículos 60, 61.1 e) y 62 de la LO 4/2000. Por su parte, la medida de internamiento nace a propuesta de la autoridad administrativa, que como explicáramos anteriormente, puede ser el Delegado o Subdelegado de Gobierno de la CCAA donde se encuentre el extranjero, ésta es derivada al Juez de Instrucción de dicho lugar para que luego de evaluar el caso, decida si acepta o no la propuesta de internamiento. La exigencia de adopción de la medida por parte del Juez, se encuentra prevista en el artículo 62.1 de la LO 4/2000, el cual establece que podrá adoptar la medida previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, vale decir que el Juez no podrá acordar el internamiento sin antes haber escuchado los alegatos del extranjero y recibido el informe del Fiscal competente, el tiempo máximo de internamiento es de 60 días, tiempo en el cual el extranjero deberá ser puesto en libertad si no se ha logrado materializar su expulsión⁸⁷⁷.

Como es de verse, en la normativa vigente se prevé el derecho del extranjero procesado a ser oído antes de adoptarse la decisión de internamiento, al respecto debemos señalar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado⁸⁷⁸ afirmando que el contenido al derecho a ser oído, se encuentra definido por el artículo 6.6 de la Directiva de Retorno Europea, que establece el derecho de los Estados a adoptar las medidas necesarias para el retorno de los extranjeros irregulares con el respeto de las garantías procedimentales del derecho comunitario, debiendo concordarse con el artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, que establece que toda persona tiene derecho a ser oída antes de que se tome en contra de ella una decisión que pueda perjudicarla.

⁸⁷⁷ LO 4/2000: Artículo 62 Ingreso en centros de internamiento

“...2. El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, siendo su duración máxima de 60 días, y sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente...”.

⁸⁷⁸ STJUE (Sala Quinta) de 11 de diciembre de 2014, en el caso Boudjlida, asunto C-249/13.

La decisión de internamiento, como ya hemos mencionado, debe resolverse mediante auto motivado, en el cual, acorde con el principio de proporcionalidad, se valorarán todas las circunstancias personales y antecedentes de la persona, haciendo especial énfasis en el riesgo de incomparecencia. Para ello el Juez de Instrucción, tomará en consideración las circunstancias del caso y, en especial los hechos que hagan sospechar que la persona no comparezca, entre los que podemos citar: el carecer de domicilio o de documentación identificativa, las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes. De igual forma la Ley establece que en caso de enfermedad grave del extranjero, el Juez valorará el riesgo del internamiento para la salud de la persona y/o de la salud pública.

Como hemos advertido, la medida de internamiento se genera en el marco de un procedimiento administrativo sancionador con la finalidad de asegurar la efectividad de la expulsión del extranjero del territorio español; sin embargo es dictada por un Juez, es decir la privación de libertad no es decretada por el órgano administrativo que conoce el expediente administrativo de expulsión, sino por el Juez de Instrucción y en opinión de VIDAL FUEYO⁸⁷⁹, la intervención del Juez no es viable, pues el extranjero tiene abierto un expediente de expulsión administrativo que aún no está resuelto y el Juez de Instrucción no puede entrar en el fondo del asunto.

Debemos señalar que la Ley ha previsto que el Juez de Instrucción garantice el derecho a la libertad personal del extranjero, así como los demás derechos fundamentales que le asisten en esa situación, autorizando, si lo considera oportuno, la medida propuesta a instancia de la Administración. Coincidiendo con VILLAVARDE, debemos señalar que el Juez de Instrucción no decreta el internamiento del extranjero en un proceso judicial, sino en el curso de un procedimiento administrativo; el órgano judicial autoriza el internamiento a petición de la Administración y vigila las

⁸⁷⁹VIDAL FUEYO, C., “La nueva Ley de Extranjería a la luz del texto constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 62, año 21, mayo- agosto 2001, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, pág. 216.

condiciones y adecuación de la medida, que, por lo demás, no deja de ser de carácter administrativo⁸⁸⁰.

Como podemos ver, según la normativa vigente y lo establecido en abundante jurisprudencia constitucional⁸⁸¹, el Juez tiene un papel de garante de la legalidad y de la adecuada ejecución de la medida privativa de libertad, así como de su levantamiento en caso de que cese la circunstancia que la motivó, sea por la viabilidad de la expulsión o en su defecto por el exceso en el plazo máximo de internamiento (60 días).

Por otro lado, tampoco podemos dejar de mencionar que a partir de la dación de la LO 2/2009, de 13 de diciembre de 2009, que modifica la LO 4/2000, se incluye dentro del procedimiento de adopción de la medida de internamiento al Ministerio Fiscal, el mismo que deberá comparecer conjuntamente con el extranjero en la audiencia, a fin de garantizar la legalidad de la medida, así como emitir un informe acerca de la viabilidad o no de la medida de internamiento⁸⁸².

El Informe del Ministerio Fiscal es preceptivo, vale decir que tiene carácter obligatorio, pero no es vinculante para la decisión del Juez; sin embargo debemos resaltar la importancia que posee dentro del procedimiento judicial de adopción de la medida de internamiento, dado que a nuestro entender, la resolución del Juez deberá cuanto menos igualar el nivel de prolijidad que contenga el Informe del Ministerio Fiscal, convirtiéndose en un parámetro de control de la legalidad y ponderación de las circunstancias que determinen la privación de libertad del extranjero.

Cabe aclarar que la facultad del Ministerio Fiscal para fiscalizar las medidas de internamiento de extranjeros no se crean con la dación de esta norma, dado que la labor de la Fiscalía entraña la protección de derechos fundamentales como el contenido en el artículo 17 CE. Prueba de ello es la Circular 2/2006 de la Fiscalía General del Estado⁸⁸³,

⁸⁸⁰ VILLAVERDE MENÉNDEZ, A. I., “El régimen jurídico-constitucional de la detención e internamiento de los extranjeros...”, cit. pág. 191.

⁸⁸¹ SSTC 144/90, de 26 de setiembre; 96/1995, de 19 de junio; 182/1996, de 12 noviembre, entre otras.

⁸⁸² Artículo 62.1 Segundo párrafo de la LO 4/2000.

⁸⁸³ Según la Circular 2/2006, de 27 de julio de 2006 la actuación de los Sres. Fiscales en el control de legalidad de los internamientos se extiende a todas las modalidades de internamiento de extranjeros regulados en la Ley. Por tanto, habrán de entenderse comprendidos. 1) los internamientos de extranjeros detenidos por causa de expulsión mientras se tramita el procedimiento; 2) el internamiento de extranjeros ya expulsados, si hubieran incumplido la orden de salida 3) los internamientos de extranjeros detenidos en

que establecía la obligación de los Fiscales de emitir informes en los procedimientos de internamiento de extranjeros; Sin embargo, como se da cuenta en la Memoria del Ministerio Fiscal del año 2009⁸⁸⁴, hasta antes de la modificación de la LO 4/2000 había algunas judicaturas que expedían órdenes de internamiento de extranjeros, sin convocar al Ministerio Fiscal, por dicha razón, la inclusión expresa de las atribuciones en la materia dentro de la Ley Orgánica de Extranjería ha sido resaltada positivamente por el Ministerio Fiscal⁸⁸⁵.

Asimismo, es necesario mencionar que en el año 2009, mediante la LO 2/2009, se incorporó a la LO 4/2000, la figura del Juez de Control de Estancia⁸⁸⁶, que es distinto al Juez que ordena la medida de internamiento, quién será el Juez de instrucción competente correspondiente al lugar donde estén ubicados los CIE, debiendo designarse a uno o más que se encarguen de dicha labor, si en dicho Partido Judicial existen varios Jueces de Instrucción. Éste tiene como función principal atender y canalizar las denuncias de violaciones de derechos fundamentales de los extranjeros internados, y realizar visitas o inspecciones en los CIE, así ha sido incorporado en el Reglamento de los CIE aprobado mediante Real Decreto 162/2014⁸⁸⁷.

Al respecto debemos señalar que la incorporación de estos Jueces a la labor del control de la estancia, ha sido acertada dado que han puesto en relieve una serie de problemas que vienen presentándose en los CIE desde hace muchos años. Sin embargo creemos que sus competencias son muy limitadas, dado que solo tienen como

territorio español contra los que exista una resolución de expulsión de otro Estado miembro de la Unión Europea; 4) los internamientos por causa de devolución por encontrarse en España vulnerando una prohibición de entrada vigente 5) los internamientos por causa de devolución respecto de extranjeros detenidos cuando pretendían entrar ilegalmente en España; y 6) los internamientos en los casos de denegación de entrada con acuerdo de retorno.

⁸⁸⁴ Memoria del Ministerio Fiscal, 2009, pág. 885.

⁸⁸⁵ Memoria del Ministerio Fiscal, 2009, cit. pág. 886.

⁸⁸⁶ Artículo 62 Ingreso en centros de internamiento

“...6. A los efectos del presente artículo, el Juez competente para autorizar y, en su caso, dejar sin efecto el internamiento será el Juez de Instrucción del lugar donde se practique la detención. El Juez competente para el control de la estancia de los extranjeros en los Centros de Internamiento y en las Salas de Inadmisión de fronteras, será el Juez de Instrucción del lugar donde estén ubicados, debiendo designarse un concreto Juzgado en aquellos partidos judiciales en los que existan varios. Este Juez conocerá, sin ulterior recurso, de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales. Igualmente, podrá visitar tales centros cuando conozca algún incumplimiento grave o cuando lo considere conveniente...”.

⁸⁸⁷ Artículo 2 Autorización y control judicial “...3. Además, al Juez competente para el control de la estancia de los extranjeros en el centro le corresponde conocer, sin ulterior recurso, de las peticiones y quejas que planteen los internos en cuanto afecten a sus derechos fundamentales y visitar los centros cuando conozca algún incumplimiento grave o lo considere conveniente...”.

competencias para “conocer las peticiones y quejas que planteen los internos” en cuanto a sus derechos fundamentales, mas no tienen la facultad de decretar la libertad del interno si se advierte que existe vulneración de sus derechos. En este caso el Juez de Control de Estancia, solo podrá dirigirse al Director del Centro y al Juez de Instrucción, invocándole la supresión de las condiciones que vulneran derechos y, en el mejor de los casos, sugiriendo la liberación del detenido; así lo dispone el art. 62.6 de la LO 4/2000, que establece que corresponde a dichos jueces conocer, sin ulterior recurso, de las peticiones y quejas que planteen los internos en lo referente a sus derechos fundamentales. Para ciertos autores⁸⁸⁸, dicha imposibilidad implica una razón de inconstitucionalidad, dado que cuando se vulneren los derechos fundamentales, los Jueces de Control deben resolver mediante Acuerdos Gubernativos, cuando lo ideal es que lo hicieran por Autos, a fin de que se establezca la posibilidad de interponer recurso ante la Audiencia Provincial respectiva y de esa manera garantizar el principio de pluralidad de la instancia. Al respecto TOMÉ⁸⁸⁹ plantea algunas cuestiones para atenuar este vacío legal:

- En primer orden, que los Jueces de Control, cuando tomen conocimiento de una queja den audiencia tanto al denunciante como al Director del Centro, y que si dicha denuncia, si es de trascendencia, se traslade al Ministerio Fiscal y al Juez que ordenó el internamiento.
- En segundo lugar, propone que se legitime que las ONG, familiares y allegados de los internos puedan plantear las denuncias.
- En tercer lugar, que de tratarse de asuntos que afecten al CIE en general, las decisiones sean publicadas en el CIE, traducida en todos los idiomas de uso de los internos.

Con respecto a la existencia de una autoridad independiente, que tenga competencia para supervisar las condiciones de vida de los centros de detención y ordenar la puesta en libertad de las personas internadas, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado afirmando que la inexistencia de una autoridad independiente encargada de responder a los recursos que puedan interponerse sobre esta

⁸⁸⁸RÍOS, J., SANTOS, E.; ALMEIDA, C., *Manual para la defensa de los derechos humanos de las personas encerradas en los Centros de Internamiento (CIE)*, GAKOA, Donostia, 2014, pág. 20.

⁸⁸⁹TOMÉ GARCÍA, J. A., *Internamiento preventivo de extranjeros conforme al nuevo reglamento de los CIE*, Colex, Madrid, 2014, pág. 36.

materia, implica una vulneración del artículo 13 CEDH⁸⁹⁰, que contempla el derecho a un recurso efectivo. De igual forma, en el marco de la supervisión de las condiciones de internamiento, el TEDH se ha pronunciado afirmando que se considera vulnerado el artículo 13 CEDH cuando, a pesar de existir un recurso por el cual se puede denunciar las malas condiciones de privación de libertad, se realiza una respuesta al recurso sin la debida motivación⁸⁹¹.

Como es de verse, la Ley de Extranjería prevé la separación de atribuciones judiciales, dado que contempla que el Juez competente para ordenar el internamiento es el Juez Instructor del lugar de la detención, mientras que el Juez competente para supervisar las condiciones de internamiento y las posibles denuncias que pudieran presentarse al respecto es el Juez del lugar donde se encuentra el Centro de Internamiento. Dicha separación de competencias hace, a criterio del Ministerio Fiscal⁸⁹², que sea mucho más efectiva la salvaguarda de los derechos de los extranjeros internados, dado que también se incluye en ella la supervisión de los CIE por parte de los respectivos Fiscales, cuya competencia en la materia es atribuida por el artículo 4.2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

Por su parte, debemos aclarar que el Juez de Instrucción carece de competencia para analizar el problema desde la perspectiva contencioso-administrativa, lo cual competiría en su caso al Juez de lo contencioso administrativo, no teniendo competencia para pronunciarse acerca del tema de fondo, vale decir acerca de la supuesta irregularidad en la cual ha incurrido el extranjero. Pero a pesar de ello debe analizar los elementos que hemos señalado, antes de determinar si declara procedente la petición de internamiento propuesta por la autoridad gubernativa. Sin embargo, a pesar de su falta de competencia para conocer el tema de fondo, el Juez de Instrucción deberá realizar un análisis somero de la sustanciación del expediente administrativo, a fin de verificar si no se ha producido un error evidente que pudiera, a su vez, inducirlo a error en la determinación de la orden de internamiento. Al respecto la STC 144/1990 establece: *"El Juez habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las*

⁸⁹⁰ STEDH, de 5 de abril de 2011, Asunto *Rahimi c. Grecia*, apdo. 77. ARRESE IRIONDO, M^a. N., "Derecho a un recurso efectivo", en *Convenio Europeo de Derechos Humanos...*, cit., 2015, pág. 724.

⁸⁹¹ STEDH, de 31 de julio de 2014, Asunto *F.H. c. Grecia*, apdo. 118. ARRESE IRIONDO, M^a. N., "Derecho a un recurso efectivo", en *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, cit., 2015, pág. 746.

⁸⁹² MINISTERIO FISCAL, *Informe de actividades del año 2009*, pág. 888.

circunstancias que concurran en el caso, pero no las relativas a la decisión de expulsión, sino las concernientes, entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de huida o a cualquiera otra que estime relevante para adoptar la decisión”⁸⁹³.

Es importante resaltar que la disponibilidad sobre la pérdida de libertad del extranjero en el procedimiento de expulsión es judicial, pero, por el contrario, el cese del internamiento corresponde al órgano gubernativo que tiene competencias también para la ejecución de la expulsión⁸⁹⁴. De igual forma, ante la inadvertencia del órgano instructor de la circunstancia que amerita la puesta en libertad del extranjero, se ha previsto en la ley la posibilidad de que la libertad sea ordenada por el Juez, ya sea de oficio, a pedido de parte o del Ministerio Fiscal⁸⁹⁵.

1.3.1 Duración del internamiento en el CIE

Al respecto debemos señalar que el artículo 62.2 de la LO 4/2000 establece : “El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, siendo su duración máxima de 60 días, y sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente...”. En ese mismo sentido el artículo 246.3 del Reglamento de Extranjería y el artículo 21.2 del Reglamento de los CIE, reproducen lo establecido en la LO 4/2000.

En las citadas normas, no solo se establece el plazo máximo de internamiento que es de 60 días, sino que se impone una regla importante: “*El internamiento debe durar el tiempo imprescindible para la ejecución de la orden administrativa correspondiente*”, sin que, en ningún caso, pueda exceder de dicho plazo. Según la normativa reseñada, para determinar el periodo de internamiento se deberán tomar en consideración las circunstancias concretas de la tramitación del expediente sancionador y de la ejecución de la expulsión recogida en el expediente administrativo, para lo cual el instructor, deberá facilitar al Fiscal y al Juez, no sólo los datos relativos a las

⁸⁹³ STC 144/1990, de 26 de septiembre.

⁸⁹⁴ SSTC 144/1990, de 26 de septiembre; 66/1996, de 16 de abril de 1996; 260/2007, de 20 de diciembre de 2007.

⁸⁹⁵ Artículo 62.3 de la LO 4/2000.

circunstancias que justifiquen la privación de libertad del ciudadano extranjero, sino también la adecuada información sobre las condiciones concretas de repatriación, a fin de que el Fiscal pueda informar con criterio y el Juez decidir sobre el tiempo imprescindible de internamiento, que por cierto siempre deberá ser el mínimo posible⁸⁹⁶.

Debemos aclarar que la Administración, si lo estima conveniente, podrá solicitar una prórroga hasta el periodo máximo permitido por la ley, a efectos de llevar a cabo la expulsión del extranjero, en ese caso será el Juez competente el que deberá autorizar o no dicha prórroga; esta situación solo es viable en caso de que el internamiento se haya solicitado por un plazo menor a los 60 días.

Como puede apreciarse, ello supone que la Administración debe tener una especial diligencia en la consecución de dicha orden, debiendo evitar cualquier pasividad que produzca dilaciones indebidas en la expulsión del extranjero⁸⁹⁷. Al igual que ocurre con las detenciones gubernativas, el internamiento debe durar el tiempo imprescindible para realizar la práctica de las diligencias y la adopción de las medidas correspondientes⁸⁹⁸, sin que pueda exceder en ningún caso el plazo antes señalado. Ese tiempo debe entenderse como el plazo máximo en el que la Administración puede mantener en régimen de internamiento al extranjero, en el caso de que por razones fundadas la Administración no pueda ejecutar con antelación la pertinente orden de expulsión; así, si antes de cumplirse el plazo se tiene constancia de que la práctica de la expulsión no podrá llevarse a cabo, o se haya dispuesto el archivo del expediente sancionador, la autoridad gubernativa deberá ordenar su inmediata puesta en libertad, notificando su decisión al Juez que ordenó el internamiento⁸⁹⁹.

La orden de internamiento no tiene porqué contener una privación de libertad de 60 días, pues ése es el máximo legal, por lo que la privación de libertad debe calcularse en función de cuál es el plazo que se estima se requiere para ejecutar la

⁸⁹⁶ MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, cit., pág. 240.

⁸⁹⁷ MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, cit., pág. 241.

⁸⁹⁸ STC 86/1996, de 21 de mayo.

⁸⁹⁹ El Artículo 62.3 de la LO 4/2000 establece que cuando hayan dejado de cumplirse las condiciones descritas en el apartado 1, el extranjero será puesto inmediatamente en libertad por la autoridad administrativa que lo tenga a su cargo, poniéndolo en conocimiento del Juez que autorizó su internamiento.

expulsión⁹⁰⁰; por dicha razón, se exige que en la resolución de autorización de internamiento se especifique el plazo de internamiento, el Centro en el cual será internado y las condiciones del internamiento⁹⁰¹.

Al respecto, la Jurisprudencia del TC ha sido clara en señalar que la privación de libertad no puede prolongarse más del tiempo necesario para ejecutar la expulsión, así en su STC 179/2000, establece: *“no puede durar más que el tiempo que requiera adoptar las medidas necesarias que permitan ejecutar este acto administrativo, lo que determina que no pueda tener una duración mayor que la estrictamente necesaria para proceder a la devolución del extranjero a su país de procedencia, ni tampoco tener una duración que en sí misma puede considerarse que es muy superior a la que en condiciones normales conllevaría la ejecución del acto”*.

Como puede apreciarse, determinar el periodo de internamiento puede resultar una tarea difícil, dado que dicho periodo de privación de libertad dependerá de la tramitación del expediente; en la práctica se suele otorgar mecánicamente el plazo máximo de duración, aunque ello no sea lo más conveniente⁹⁰².

Debemos aclarar que resulta inviable y vulneratorio de los derechos del extranjero, realizar una nueva detención e internamiento si ya se agotó el plazo máximo de internamiento, salvo que se sustancie otro expediente de expulsión, que por cierto deberá basarse en otras causas⁹⁰³ y es en ese sentido el Tribunal Supremo⁹⁰⁴, declaró nulo el artículo 21.3 del Reglamento de los CIE, puesto que estableció que no se permite un nuevo internamiento por las causas que obran en un mismo expediente. Al respecto se ha pronunciado el TEDH, afirmando que los casos de prórroga ilegal de una detención, son contrarias al artículo 5.1 del CEDH⁹⁰⁵. La sentencia a la que hacemos mención, versaba sobre el caso de una persona que es detenida en Grecia porque pesaba

⁹⁰⁰ MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, cit., pág. 241.

⁹⁰¹ ALONSO PÉREZ, F., “La medida de internamiento en la nueva legislación de extranjería”, *La Ley*, 2002, 7, pág. 1574 y ss.

⁹⁰² MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, cit., pág. 242.

⁹⁰³ Artículo 62. 2 de la LO 4/2000:

“...2. El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, siendo su duración máxima de 60 días, y sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente...”.

⁹⁰⁴ STS 373/2014, de 10 de febrero de 2015.

⁹⁰⁵ TEDH, de 10 de mayo de 2007, Asunto *John c. Grecia*, , apdos. 33- 36. ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Derecho a la libertad y seguridad”, pág. 153.

sobre ella una orden de expulsión y en el momento de su liberación vuelve a ser detenida, alegándose que se había emitido una nueva orden de expulsión basada en falsedad documental; el Tribunal consideró que ello no era suficiente para justificar una nueva detención, y que se trataba de una prórroga ilegal de la primera detención. En ese mismo sentido, en otra sentencia más reciente, sostiene que detener a un extranjero con la finalidad de expulsarlo, cuando dicha detención se produce luego de que se ha terminado el periodo máximo de internamiento, no es compatible con el Convenio⁹⁰⁶.

Por otro lado, el fin del internamiento se encuentra regulado en el artículo 37.1 del Real Decreto 162/2014 (Reglamento de los CIE), que establece que el cese del internamiento será ejecutado por el Director del Centro cuando se produzca alguna de las siguientes situaciones:

- a) Cuando lo acuerde la autoridad judicial competente. En este caso debemos aclarar que la autoridad judicial competente es el Juez de Instrucción que ordenó el ingreso de la persona en el CIE y no el Juez de Control de Instancia, así puede deducirse del tenor de lo establecido en el artículo 62.3 de la LO 4/2000;
- b) Cuando lo acuerde la Comisaría General de Extranjería y Fronteras;
- c) Cuando se tenga constancia de que la expulsión, devolución o regreso no podrá llevarse a efecto;
- d) Cuando se cumpla el plazo establecido en el auto judicial de ingreso o en su prórroga o venza el plazo máximo de sesenta días;
- e) Cuando se vaya a proceder a la inmediata ejecución de la orden de expulsión, devolución o regreso;
- f) Cuando existan razones médicas, debidamente fundadas y justificadas por el facultativo del centro, que se consideren necesarias para la salud del interno;

Debemos señalar que la decisión del cese del internamiento debe ser puesta en conocimiento del Juez de Instrucción que autorizó el ingreso del extranjero en el CIE. Dicha regulación se encuentra acorde con lo establecido en el artículo 62.3 de la LO

⁹⁰⁶ STEDH, de 18 de abril de 2013, Asunto *Azimov c. Rusia*, , apdos. 161-165. ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Derecho a la libertad y seguridad”, cit., pág. 153.

4/2000, que establece que la autoridad administrativa que tenga a su cargo a la persona, deberá acordar el cese de su internamiento cuando dejen de cumplirse los requisitos que determinaron su ingreso; el Juez de Instrucción que acordó el ingreso podrá de oficio, o a pedido de parte, ordenar el cese del internamiento si advierte dichas condiciones.

Como podemos apreciar, según la normativa analizada tienen competencia para acordar el cese del internamiento el Juez de Instrucción que ordenó el ingreso, el Jefe de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras y el Director del Centro, siendo este último quién podrá acordar el cese del internamiento, sin necesidad de orden previa del Juez ni del Jefe de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, cuando advierta que no podrá ejecutarse la salida forzosa del extranjero, cuando se venzan los plazos establecidos (plazo que haya establecido el Juez o en su defecto los 60 días) o cuando sea necesario para preservar la salud de la persona.

1.3.2 Los extranjeros internados en el CIE y el Habeas Corpus

Como hemos visto anteriormente, el Habeas Corpus es un mecanismo constitucional de defensa del derecho a la libertad, que pueden invocarlo en igualdad de condiciones tanto los españoles como los extranjeros, sin importar la situación administrativa en la que se encuentren. ¿Pero el Habeas Corpus podrá ser invocado por una persona que se encuentra internada en un CIE?

La dificultad de invocarlo, deriva de que sólo se puede plantear contra detenciones acordadas por la policía o la autoridad gubernativa, no contra las resoluciones judiciales que así lo acuerden⁹⁰⁷; en ese sentido, el Tribunal Constitucional⁹⁰⁸ ha establecido que son requisitos del Habeas Corpus, la privación de libertad efectiva y que la misma no se haya acordado judicialmente y en caso de haber sido autorizada judicialmente, podrá denegarse liminarmente el recurso.

Como podemos deducir, el proceso de *Habeas Corpus* planteado durante el internamiento autorizado puede resultar discutible, pues no puede ser puesto a disposición judicial quien ya lo está. Con sujeción a la literalidad de la ley, la respuesta

⁹⁰⁷ MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, cit., pág. 245.

⁹⁰⁸ STC 122/2004, de 12 de julio, F.J. 3º.

ha de ser negativa, porque la propia normativa reguladora del *Habeas Corpus* excluye las resoluciones judiciales como objeto de dicho proceso, y es claro que el auto del Juez de Instrucción acordando el internamiento constituye una verdadera resolución judicial. Al ser ello así, el internado podrá recurrir contra el auto del Juez conforme al sistema de recursos ordinarios, pero no interponer una demanda de *Habeas Corpus*.

En este sentido, VILLANUEVA⁹⁰⁹ apoya la posibilidad de acudir al *Habeas Corpus* en el supuesto de internamiento, al no tratarse de privaciones de libertad de origen y naturaleza judicial, sino administrativa, por mucho que el internamiento requiera de autorización judicial⁹¹⁰, según el autor, quizás el *Habeas Corpus* cumpla en este caso una función diversa al ordinario, ya que el extranjero podrá activar mediante su empleo, el control judicial sobre la duración y condiciones del internamiento. Ese podría ser el caso de exceder el internamiento su duración máxima, y no haber actuado de oficio el juez que hubo decretado el internamiento, obteniendo de este modo su intervención ya que lo probable es que sea él quien conozca de la demanda en cuestión (artículo 2 de la LO 6/1984)⁹¹¹.

Desde nuestro punto de vista, el Habeas Corpus es un recurso que no puede ser interpuesto por las personas que se encuentren recluidas en los CIE, salvo el caso de que excepcionalmente, alguna persona se encuentre recluida sin haberse emitido la orden judicial que prevé la normativa en la materia; sin embargo, coincidiendo con VILLANUEVA, podemos afirmar que en ciertos casos, interponer un Habeas Corpus podría ser útil para denunciar un internamiento que se prolongue más allá del tiempo establecido, o que se dé en circunstancias poco claras⁹¹².

⁹⁰⁹ VILLANUEVA MENÉNDEZ, I., *Extranjeros e inmigración...*, cit., pág. 197.

⁹¹⁰ STC 53/2002, de 27 de febrero.

⁹¹¹ MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, cit., pág. 246.

⁹¹² SSTC 169/2006, de 5 de junio, 201/2006 a 213/2006, todas ellas de 3 de julio, 259/2006 y 260/2006, ambas de 11 de septiembre, 303/2006, de 23 de octubre, 19/2007 y 20/2007, ambas de 12 de febrero, 172/2008, de 18 de diciembre y 173/2008, de 22 de diciembre.

II) SUPUESTOS QUE DETERMINAN EL INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS

De acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros⁹¹³, son varios los supuestos de hecho que pueden determinar la detención e ingreso en un Centro de Internamiento.

Con la finalidad de individualizar los supuestos contemplados en el artículo 21.1 de dicho Reglamento⁹¹⁴, que a su vez nos remite a la LO 4/2000 y al artículo 89.6 del Código Penal, pasamos a analizar los supuestos contemplados en dichos cuerpos normativos.

2.1 Denegación de entrada (regreso)

El regreso, denominado retorno en gran parte de la doctrina y en la normativa anterior sobre la materia⁹¹⁵, se encuentra contemplado en el artículo 60° de la Ley Orgánica 4/2000, así como en el artículo 15.3 de su Reglamento. Éste se da en el caso de aquellos extranjeros que, pretendiendo ingresar de manera legal por los puestos fronterizos habilitados para tal efecto, no se les permite el ingreso debido a que no cuentan con los requisitos para ello, en ese caso, se produce la denegación de entrada, que a su vez trae como consecuencia el regreso forzoso del extranjero a su punto de origen.

Con la finalidad de analizar sus características, pasaremos en primer orden a reseñar someramente los requisitos exigidos por la normativa de extranjería para el ingreso a España.

⁹¹³ Instrumento normativo que derogó el artículo 258° del Reglamento de la LO 4/2000.

⁹¹⁴ Artículo 21 Requisitos legales del ingreso y plazo máximo de estancia

1. El ingreso en los centros solamente se podrá realizar en virtud de resolución de la autoridad judicial competente, en los supuestos y con los efectos previstos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, y en el artículo 89.6 del Código Penal.

⁹¹⁵ Anteriormente la LO 4/2000, denominaba como retorno al rechazo en frontera pero es a partir de la dación de la L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, que el término utilizado es el de regreso.

2.1.1 Requisitos para la entrada a España

Sin ánimos de exhaustividad, debemos mencionar que los requisitos establecidos para el ingreso de extranjeros a territorio español, resultan de concordar lo establecido en los artículos 25 y 25 bis de la LO 4/2000 y de los artículos 1; 4, 6, 7, 8 y 9 de su Reglamento. Estos requisitos son de dos tipos:

a) Requisitos formales

Nos referimos a los requisitos que son perfectamente comprobables, de tal manera que no cabe ninguna posible interpretación sobre su cumplimiento o incumplimiento, estos son los siguientes:

- 1) Entrar por puesto habilitado previamente por las autoridades españolas.
- 2) Hallarse provisto de Pasaporte o documento de viaje válido que acredite la identidad de la persona.
- 3) No estar sujeto a prohibiciones expresas de entrada, como es el caso de encontrarse vigente una prohibición de entrada derivada de una expulsión previa, o prohibiciones de entrada contempladas en normas legales vigentes o en Convenios Internacionales.
- 4) Necesidad de visado⁹¹⁶. Al respecto debemos precisar que el visado es una exigencia general para la entrada al país de ciudadanos extranjeros pero que, dependiendo del país de procedencia y de la finalidad y duración del viaje, podrá ser exonerado de dicho requisito. Por ejemplo para fines de turismo los ciudadanos provenientes de países con los cuales la Unión Europea tiene convenio, cuya estancia sea como máximo de 90 días no necesitarán dicho visado; en cambio para fines de estudios, todas las personas que pretendan realizar estudios cuya duración sea mayor de 90 días deberán tramitar en el Consulado español de su país de origen el respectivo visado de estudios, si la duración de los estudios es de 90 días o menos, no será

⁹¹⁶ Artículo 25.2 de la LO 4/2000.

necesario dicho visado, debiendo acogerse a lo explicado en el párrafo anterior. Adicionalmente no necesitarán visado:

- Los Diplomáticos y Militares que se encuentren en funciones y debidamente acreditados.
- Los residentes en España que posean permiso de residencia en vigor o en su defecto el Certificado de Autorización de Regreso respectivo.
- Los refugiados que posean formalmente dicha categoría no necesitarán de visado.
- Los tripulantes de barcos o aviones que estén autorizados a ingresar a territorio español tampoco necesitarán visado.

5) Acreditación de medios de vida suficientes, vale decir que el extranjero deberá acreditar solvencia económica, para sus gastos y los de las personas a su cargo, durante el periodo de permanencia en España, mediante dinero en efectivo o Tarjetas Bancarias. A fin de reglamentar esta exigencia con fecha 10 de mayo de 2007 se emitió la Orden PRE/1282/2007, que establece que la cuantía mínima por día de permanencia en España será equivalente al 10% del Salario Mínimo Interprofesional (65,52 Euros o su equivalente en moneda extranjera) y que en todo caso la suma total de estos medios económicos no debe ser inferior al 90% del SMI (589.68 Euros o su equivalente en moneda extranjera).

6) En caso de encontrarse dispuesto por el Ministerio del Interior, los ciudadanos de determinados países deberán portar un certificado médico que acredite su buen estado de salud, o someterse a un reconocimiento médico en los términos establecidos en el Reglamento Sanitario Internacional del 2005.

7) Billete de vuelta o de circuito turístico.

b) Requisitos que justifiquen los motivos del viaje

En este supuesto nos hallamos con la presentación de documentación que justifiquen el objeto y condiciones de estancia, consideramos que son requisitos

subjetivos, porque a pesar de existir una lista más o menos detallada de documentos que pueden presentarse, queda a discreción de las autoridades en frontera si la documentación presentada justifica adecuadamente el motivo del viaje. Sin perjuicio de cualquier otro medio de prueba o comprobación que puedan realizar los funcionarios responsables del control para justificar o establecer la verosimilitud de los motivos de entrada invocados, podrá exigirse, en concreto, uno o varios de los documentos siguientes⁹¹⁷:

b.1) Para los viajes de carácter profesional:

- La invitación de una empresa o de una autoridad para participar en reuniones de caracteres comerciales, industriales o vinculados al servicio.
- Documentos de los que se desprenda que existen relaciones comerciales o vinculadas al servicio.
- Tarjetas de acceso a Ferias y Congresos.

b.2) Para los viajes de carácter turístico o privado:

- Documento justificativo del establecimiento de hospedaje o carta de invitación de un particular. En ningún caso, la carta de invitación suplirá la acreditación por el extranjero de los demás requisitos exigidos para la entrada. Hay que recordar que estas cartas de invitación se anotarán en el Registro Central de Extranjeros.
- Confirmación de la reserva de un viaje organizado.

b.3) Para los viajes por otros motivos:

- Invitaciones, reservas o programas.
- Certificados de participación en eventos relacionados con el viaje, tarjetas de entrada o recibos.

b.4) Otros medios de prueba que consideren válido para probar el motivo de su viaje.

⁹¹⁷SANTAMARÍA RODRÍGUEZ, J., *Régimen de entrada y salida del territorio español*, Madrid, 2012, pág. 14.

2.1.2 Trámite de la Denegación de entrada

a) Inicio e instrucción

A los extranjeros que intentan ingresar a España, de los cuales por diversos motivos (actitud sospechosa, nerviosismo, etc.) se sospeche que su intención no es realizar un viaje con fines turísticos, la policía de fronteras inicia una indagación más profunda. A dichas personas, además de exigirles el cumplimiento de los requisitos generales (Pasaporte, visado en su caso, medios económicos, hospedaje, carecer de prohibición de entrada, etc.) se les realiza una entrevista con la finalidad de que expliquen el motivo de su visita a España, la que será realizada mediante intérprete si no conoce el idioma español y también contará con asistencia letrada, que se proporcionará de oficio, si el extranjero no designa un abogado de su confianza (artículos 8, 9 y 12 de la LO 4/2000)⁹¹⁸; en dicha entrevista los funcionarios de policía suelen hacer una serie de preguntas en orden a determinar el motivo de su visita a España. En el caso que alegue motivos turísticos⁹¹⁹ (que es donde se dan el mayor número de rechazos), se le pregunta sobre los datos exactos de su viaje y los medios económicos con los que cuenta. Asimismo, se le pregunta por su profesión o trabajo en su país de procedencia, sus ingresos, si viaja con su familia, cuánto tiempo llevan preparando el viaje, entre otras preguntas destinadas a verificar si dice la verdad. En este caso se le facilitará un abogado de oficio o si la persona dispone del mismo, podrá intervenir en la entrevista, pudiendo manifestar sus alegatos. Finalizada la entrevista se firma la declaración por parte de las partes intervinientes (funcionario, intérprete, extranjero y abogado), el funcionario instructor emitirá un informe propuesta y adjuntará la documentación recibida que será remitido al Jefe de Servicio del puesto fronterizo que resolverá al respecto⁹²⁰.

Desde el punto de vista procedimental, el expediente de retorno, que suele ser sucinto, estará conformado por el acta de denuncia policial y la documentación que

⁹¹⁸ Al respecto se realiza una reseña del procedimiento a seguir en una denegación de entrada en: SANTAMARÍA RODRÍGUEZ, J., *Régimen de entrada y salida del territorio español, cit.*, pág. 15.

⁹¹⁹ IBIDEM, pág. 15.

⁹²⁰ IBIDEM, pág. 16.

porta el extranjero, siendo instruido por la autoridad policial de frontera; las autoridades policiales del puesto fronterizo tendrán la facultad de resolver la denegación de entrada, por delegación de facultades del Delegado o Subdelegado de Gobierno respectivo⁹²¹.

Si tras las investigaciones pertinentes se deniega la entrada en el territorio nacional, el Jefe del Servicio notificará al extranjero una resolución denegatoria de entrada junto con el acuerdo de regreso indicando el día y la hora en que se efectuará; ésta también contendrá los recursos que proceden contra la misma y los plazos para efectuarlos. Asimismo, se realizará una diligencia en orden a informar al extranjero del derecho que le asiste de interponer recurso contencioso administrativo y sobre su voluntad de ejercer dicho derecho. Todo ello en cumplimiento del art. 26,2 de la Ley de Extranjería y el art. 15 del Reglamento (RD 557/2011, de 20 de abril), la resolución deberá de contener, cómo mínimo:

- La determinación expresa de la causa por la que se deniega la entrada.
- La información al interesado de que el efecto que conlleva la denegación de entrada es el regreso a su punto de origen.
- La información al interesado de su derecho a la asistencia jurídica, así como a la de interprete si no comprende o habla las lenguas oficiales que se utilicen, a partir del momento en que se dicte el acuerdo de iniciación del procedimiento. Ambas asistencias serán gratuitas en el caso de que el interesado carezca de recursos económicos suficientes, de acuerdo con lo previsto en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita.

La información, que se proporcionará tan pronto se inicie el procedimiento administrativo, hará expresa mención a la necesidad de solicitar nuevamente el reconocimiento del derecho de asistencia jurídica gratuita para el ejercicio del derecho a impugnar la resolución en la vía contencioso administrativa⁹²².

b) Terminación

⁹²¹CORDERO LOZANO, C., *Expulsión, devolución y retorno de extranjeros*, Bosch, Barcelona, 2011, pág. 18.

⁹²²CORDERO LOZANO, C., *Expulsión, devolución y retorno de extranjeros*, cit., pág. 17.

El órgano instructor luego de emitida y notificada la resolución, ejecutará el regreso, realizando las coordinaciones que sean necesarias para ello, esta denegación de entrada conlleva el regreso a su punto de origen en el plazo más breve posible ⁹²³. Como es de verse el regreso es una medida de restablecimiento inmediato del orden jurídico perturbado, que se acuerda sin necesidad de iniciar expediente de expulsión o de devolución⁹²⁴, este se ejecutará en el plazo más breve previsto y, en todo caso, dentro del plazo de 72 horas desde que se hubiere acordado y si no pudiera ejecutarse dentro de dicho plazo, la autoridad que hubiere denegado la entrada se dirigirá al Juez de Instrucción, a fin de que determine el lugar donde haya de ser internado el extranjero, hasta que pueda materializarse el retorno⁹²⁵.

Como hemos visto, la solicitud de internamiento corresponde a la autoridad gubernativa, Delegado o Subdelegado de Gobierno o al funcionario responsable del puesto fronterizo habilitado, el que la presentará ante el Juez de instrucción del lugar donde se haya producido la detención, a fin de que determine el lugar donde el extranjero haya de ser internado y en ese caso puede producirse el internamiento del extranjero en un Centro de Internamiento Para Extranjeros. La detención y el internamiento, deben ser comunicados al Ministerio de Asuntos exteriores y a la Embajada o Consulado del país del que es nacional el extranjero⁹²⁶.

2.1.3 Denegación de entrada y solicitud de asilo

Relacionado con el supuesto de denegación de entrada en territorio español y permanencia en las zonas fronterizas, encontramos el caso del nacional de tercer estado solicitante de asilo. Al respecto el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ha establecido en su jurisprudencia⁹²⁷ que no es posible la expulsión de la persona mientras se tramita la solicitud de asilo, esta tramitación comprende el período de tiempo entre la presentación de la mencionada solicitud, hasta la adopción de la resolución dictada en primera instancia o, en su caso, hasta que se resuelva sobre el recurso que se haya

⁹²³ art 60 de la LO 4/2000.

⁹²⁴ SANTAMARÍA RODRÍGUEZ, J., *Régimen de entrada y salida del territorio español*, cit., pág. 16.

⁹²⁵ Artículo 60.1 de la LO 4/2000.

⁹²⁶ Artículo 62.5 de la LO 4/2000.

⁹²⁷ STJCE, de 30 mayo 2013, Asunto *Mehmet Arslan contra Policie CR*, Krajske reditelství policie Usteckého kraje, odbor cizinecké policie., TJCE\2013\143.

interpuesto contra la citada resolución. Se trata de un supuesto prácticamente idéntico al descrito, es decir, el extranjero que pretende entrar en España, que no cumple los requisitos para ello, pero que solicita asilo a las autoridades españolas en virtud de un derecho de configuración legal (Ley 12/2009 de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria).

En estos casos el extranjero deberá permanecer en las zonas fronterizas habilitadas para ello, mientras se resuelve su solicitud de asilo⁹²⁸, aunque debemos señalar que también es posible la solicitud de asilo, una vez que el extranjero haya sido ingresado en un CIE, en cuyo caso la expulsión quedará suspendida en tanto se tramita su petición⁹²⁹. En caso de denegación de la solicitud de asilo, la autoridad competente deberá evaluar el tiempo que tomará ejecutar el regreso del extranjero, que no tardará más de 72 horas, solicitando al Juez de Instrucción que determine el lugar en el cual pueda permanecer la persona, hasta que sea posible su retorno al país de origen, estableciéndose también la posibilidad de internamiento en un CIE⁹³⁰.

A ese respecto el TC⁹³¹, ha establecido que la libertad del artículo 17 CE también se debe reconocer a los extranjeros peticionarios de asilo y a los rechazados en frontera, siendo, por lo tanto, un derecho que les asiste también a aquellas personas que por diversos motivos tienen la necesidad de huir de su lugar de origen, y llegan a territorio español pidiendo asilo.

Por otro lado, tanto la LO 4/2000 como su Reglamento, establecen la responsabilidad de las empresas de transportes que hayan trasladado al extranjero rechazado en frontera; en ese sentido, el artículo 60 de la LO 4/2000 establece unas obligaciones derivadas de las directivas aprobadas por la Unión Europea, por las que se

⁹²⁸ Art. 22 de la Ley de Asilo.

⁹²⁹ Art. 19 de la Ley de Asilo.

⁹³⁰ *Artículo 60* Efectos de la denegación de entrada

1. Los extranjeros a los que en frontera se les deniegue la entrada según lo previsto por el artículo 26.2 de esta Ley, estarán obligados a regresar a su punto de origen.

La resolución de la denegación de entrada conllevará la adopción inmediata de las medidas necesarias para que el extranjero regrese en el plazo más breve posible. Cuando el regreso fuera a retrasarse más de setenta y dos horas, la autoridad que hubiera denegado la entrada se dirigirá al Juez de Instrucción para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta ese momento.

2. Los lugares de internamiento para extranjeros no tendrán carácter penitenciario, y estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios. Los extranjeros internados estarán privados únicamente del derecho ambulatorio.

⁹³¹ STC 179/2000, de 26 de junio; STC 53/2002, de 27 de febrero y ATC 55/1996, de 6 de marzo.

obliga a las compañías aéreas a asegurarse, antes de embarcar a sus pasajeros, de que éstos poseen los documentos y visados necesarios para entrar en territorio Schengen⁹³². De igual forma, el artículo 15.5 del Reglamento de la LO 4/2000, establece que la empresa de transporte deberá asumir los costos de no haber verificado adecuadamente si el pasajero cumplía los requisitos para su entrada a España, y será pasible también de una multa por dicha infracción; sin embargo, dicha sanción no será aplicable en el caso de que el extranjero transportado presente en breve plazo su solicitud de asilo y ésta sea admitida a trámite, siendo éste el único supuesto en el cual se excluye de responsabilidad a la empresa de transportes, así se expresa en el artículo 54.3 de la LO 4/2000⁹³³.

En opinión de LÓPEZ GARRIDO⁹³⁴ las sanciones impuestas a las compañías aéreas, contravienen de forma flagrante los acuerdos adoptados por los Estados que firmaron el Convenio de Chicago, entre ellos los hoy firmantes de Schengen, al poner graves trabas a los solicitantes de asilo, en contra del espíritu de la Convención de Ginebra; el retorno se hará a su punto de origen, aun cuando no sea el del país de origen del extranjero y en ese sentido, estimamos que lo sostenido por el autor es correcto, ya que debido a esta previsión, las compañías aéreas ponen muchas restricciones a sus pasajeros cuando son nacionales de países que necesitan visado para ingresar a Europa, llegando en muchos casos a denegar el vuelo a las personas que consideran no poseen los requisitos para ello.

2.1.4 Recursos para impugnar la denegación de entrada

En primer lugar, debemos señalar que la resolución por la cual se deniega la entrada de un extranjero y se ordena su regreso en el más breve plazo posible, es emitida por el Jefe del Servicio del Puesto Fronterizo, contra este tipo de resolución

⁹³² Art. 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de Junio de 1985, relativo a la supresión gradual de controles en las fronteras comunes, al que se adhiere España el 25 de Junio de 1991, ratificado por instrumento de 23 de julio de 1993 (B.O.E. nº, de 5 de Abril de 1994).

⁹³³ Artículo 54 Infracciones muy graves

“...3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, no se considerará infracción a la presente Ley el hecho de transportar hasta la frontera española a un extranjero que, habiendo presentado sin demora su solicitud de protección internacional, ésta le sea admitida a trámite, de conformidad con lo establecido en la Ley 12/2009, de 30 de octubre reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria...”.

⁹³⁴ LÓPEZ GARRIDO, D., “El hecho inmigratorio en Europa y la crisis del modelo de protección jurídica del asilo y el refugio”, *Jueces para la Democracia*, núm. 10, septiembre 1990, pág. 103.

administrativa de denegación de entrada y retorno, el Reglamento de Extranjería establece que será recurrible de acuerdo con lo dispuesto en las Leyes⁹³⁵, no contemplando ningún procedimiento específico al respecto.

A fin de determinar los recursos que serán procedentes, debemos remitirnos a la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la cual establece en su artículo 112.1 que contra las resoluciones o actos de trámite que resuelvan el fondo del asunto, se puede interponer recurso de alzada o potestativo de reposición y en este caso, la resolución que deniega la entrada no pone fin a la vía administrativa (art. 15.7 del Reglamento de Extranjería), por lo que corresponde presentar un recurso de alzada, cuyo plazo para interponerlo, según la Ley 39/2015, es de un mes desde que el extranjero es notificado con la resolución. Pero la interposición del recurso de alzada, no implica la suspensión de la ejecución de la resolución, por lo que el extranjero con dicho recurso no podrá evitar el regreso programado en la resolución, pudiendo interponerlo antes de su viaje de retorno o, en su defecto, desde su país de origen ante el Consulado español respectivo (art. 15.7 del Reglamento de Extranjería).

Por otro lado, debemos señalar que adicionalmente puede presentarse un recurso contencioso administrativo en base a lo establecido en el artículo 25.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que expresamente contempla que es admisible este recurso contra actos expresos de la Administración pública de trámite, si éstos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos, como podría ser el caso⁹³⁶. En el marco de dicho recurso contencioso, puede solicitarse una medida cautelarísima de suspensión de la ejecución de la resolución administrativa de denegación de entrada, contemplada en los artículos 135 y 136 de la LJCA y en algunos casos podrá alegarse que la ejecución de la

⁹³⁵ Artículo 15.2 de Reglamento de Extranjería.

⁹³⁶ Existe sobre ello jurisprudencia. Tal es el caso de la Sala Tercera del Tribunal Supremo que ha declarado que cabe afirmar que son impugnables jurisdiccionalmente los actos de trámite si afectan a la situación personal del interesado, si son susceptibles de incidir negativamente en un derecho fundamental, si deciden directa o indirectamente sobre el fondo del asunto, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos. Entre estas sentencias cabe reseñar SSTS 28 de octubre de 2005, recurso de casación 3478/2003; 28 de octubre de 2005, recurso de casación 3769/2003 y 12 de mayo de 2006, recurso de casación 4345/2003.

denegación de entrada, puede producir un perjuicio irreparable a las personas si se llega a ejecutar el viaje de regreso.

A este respecto existe Jurisprudencia del Juzgado de lo Contencioso de Madrid⁹³⁷, que aprobó la medida cautelar, aún a pesar de que la resolución de denegación de entrada no agotaba la vía administrativa. En la citada sentencia, se aprueba la suspensión de la ejecución en un caso de denegación de entrada de un menor de dos años, que venía acompañado de su madre extranjera con residencia legal en España; el Juzgado determinó que el artículo 25.1 de la LJCA era aplicable al caso por extensión, dado que si bien es cierto que el referido precepto establece que dicha excepción es aplicable a los actos administrativos de trámite y la denegación de entrada recurrida es un acto que pone fin al proceso, nada impide admitir también que el citado artículo 25.1 LJCA, pueda ser aplicado a resoluciones administrativas de dicha naturaleza. Dicho Juzgado justificó su postura, en el hecho de que la ejecución de la denegación de entrada tendría efectos irreparables en el menor y en la madre, que por cierto era una residente legal en España.

2.1.5 Naturaleza jurídica

Cabe aclarar que la denegación de entrada no tiene como origen una sanción, sino la falta de requisitos para el ingreso al territorio español, ésta se produce en un puesto fronterizo y la consecuencia más inmediata es el rechazo en frontera; como se sostiene en la Consulta 1/2001 de la Fiscalía General del Estado:” *El retorno es un acto administrativo carente de naturaleza sancionadora. Se trata de una medida administrativa de policía tendente al mantenimiento del orden público, que se adopta tras la tramitación del procedimiento oportuno, sin que lleve aparejada la prohibición de entrada en el territorio español y cuyo internamiento se rige por lo dispuesto en el artículo 60 de la LO 4/2000*”.

⁹³⁷ Juzgado de lo Contencioso Administrativo Nº 14 de Madrid, Auto de 8/10/10.

Según DORADO Y RODRÍGUEZ⁹³⁸, la denegación de entrada es un acto administrativo de naturaleza no sancionadora que se adopta por un funcionario competente en el puesto fronterizo, con el objeto de impedir la entrada en España al extranjero que no cumple los requisitos necesarios para la misma. Asimismo, debemos hacer hincapié en que el ciudadano extranjero que pretenda entrar en España deberá cumplir los requisitos exigidos en la ley⁹³⁹, exigiéndose además un requisito negativo, vale decir, que el extranjero no debe estar sujeto a prohibiciones expresas de entrada.

De igual forma, RODRÍGUEZ CANDELA sostiene que “...la denegación de entrada es un acto administrativo de naturaleza no sancionadora que se adopta por el funcionario competente destacado en el puesto fronterizo habilitado al efecto, con el objeto de impedir la entrada en España a aquel extranjero que, sin tenerla en principio prohibida, no cumple los requisitos necesarios para la misma...”⁹⁴⁰, asimismo, considera al rechazo en frontera como una coacción administrativa directa y por otro lado, acertadamente desde nuestro punto de vista, critica el art. 26. 2 de la LO 4/2000, debido a que lo considera incompleto, dado que hace una referencia a la denegación de entrada como acto administrativo motivado, dictado contra quien no cumple los requisitos establecidos para la misma, pero no menciona al retorno como su inmediata consecuencia. Según el autor, lo deseable hubiera sido que en dicho precepto se hubiese definido la forma de ejecución de la denegación de entrada, pues resulta impropio tener que trasladarse hasta el Título III de la LO 4/2000, específicamente a su art. 60. 1, donde en la sede del Título III “Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador”, se regula el retorno, lo cual confunde al operador jurídico.

Según CORDERO “...el procedimiento administrativo de control en frontera que culmina con un acuerdo de retorno constituye una reacción inmediata ante una infracción administrativa patente y flagrante de los requisitos para el cruce de frontera. No es un procedimiento sancionador ni la decisión adoptada participa de tal naturaleza, sino de la de un acto de intervención administrativa en el ejercicio de

⁹³⁸ En este sentido se define por DORADO NOGUERAS, F. M.; RODRIGUEZ CANDELA, J. L., *De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador, Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería (LO 4/2000 y LO 8/2000)*, Comares, 2001, pág. 857.

⁹³⁹ Art. 25 y 25 bis de la LO 4/2000 y artículo 4 de su Reglamento.

⁹⁴⁰ RODRÍGUEZ CANDELA, J., “Infracciones y sanciones. Medidas de alejamiento del territorio nacional”, en *Materiales de los Cursos sobre derecho de extranjería*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2009, pág. 49.

potestades de policía (STS de 25 de enero de 2007 –BDB TS 383/2007)...”, como es de verse, dicho autor niega el carácter sancionador del retorno y lo considera una reacción administrativa destinada a que no se transgreda el orden público.

Por su parte para REQUEJO⁹⁴¹, en el retorno (regreso) existen dos etapas: la policial, que impide la entrada a un extranjero que, llegado por vía marítima o aérea, ya se encuentra en territorio español y la gubernativa, mediante el cual se decreta el retorno; la negativa de entrada lleva aparejada la orden gubernativa de retorno del extranjero no admitido. La denegación de entrada y el retorno, son consecuencias distintas pero íntimamente conectadas, en la medida en que una es consecuencia necesaria de la otra y ambas deben cumplir unas garantías comunes de procedimiento.

Debemos señalar que cuando un extranjero es rechazado en frontera, se impide que salga de las zonas de tránsito portuarias o aeroportuarias al no cumplir los requisitos necesarios para ello, en realidad, ya se encuentra en territorio español, pues la doctrina y el Defensor del Pueblo⁹⁴², y después la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁹⁴³, han defendido la naturaleza nacional de las “zonas estériles, zonas de tránsito o zonas internacionales”, por lo que en realidad se confirma la ligazón necesaria entre ambos supuestos.

En ese sentido, REQUEJO⁹⁴⁴ critica la opinión de algunos autores de mantener la separación radical de la denegación de entrada y retorno en base a un aspecto puramente locativo, para la autora, el hecho de que los espacios fronterizos sean considerados territorio español o no, es irrelevante en cuanto a la operatividad de los derechos fundamentales inherentes a la dignidad de la persona.

⁹⁴¹ REQUEJO RODRÍGUEZ, P., *El internamiento de Extranjeros*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, pág. 49.

⁹⁴² RODRÍGUEZ CANDELA, J. L., “Medidas de alejamiento del territorio nacional: Denegación de Entrada, devolución y expulsión por estancia irregular”, en BALADO RUIZ-GALLEGOS, M., *Inmigración, Estado y derecho*, Editorial Boch, Barcelona, 2008, págs., 488-489; RUILOBA ALVARIÑO, J., “Procedimiento sancionador”, en ADROHER, S. ; CHARRO, P., (Coords.), *La inmigración: Derecho Español e internacional*, J.M. Bosch, Madrid, 1995, pag.553; y Memoria Anual del Defensor del Pueblo Años 1992, 1993 y 1994.

⁹⁴³ Auto del Tribunal Constitucional español 55/1996, de 6 de marzo de 1996, F. J. 3; STC 53/2003, de 27 de febrero de 2003.

⁹⁴⁴ REQUEJO RODRÍGUEZ, P., *El internamiento de Extranjeros*, cit., págs. 133-134.

La espera del extranjero en las zonas de tránsito de aeropuertos, puertos o puestos fronterizos, supondrá una afectación de su libertad personal, que se verá prolongada en el caso de que se adopte una medida de internamiento, como consecuencia de la imposibilidad de llevar a cabo el retorno en el plazo de 72 horas. Como podemos apreciar es una situación de detención, cuya duración superior a 72 horas deberá contar necesariamente con la emisión de una orden judicial, que disponga el internamiento del extranjero en un CIE y cuyo plazo máximo no podrá exceder de 60 días, de acuerdo a lo establecido en el artículo 62.2 de la LO 4/2000⁹⁴⁵.

Al respecto, DORADO y RODRÍGUEZ⁹⁴⁶ sostienen que la denegación de entrada y el rechazo en frontera, son figuras tan próximas entre sí, con objetivos tan idénticos, que suelen prestarse a confusión, aunque uno es la causa y el otro el efecto, sosteniendo además que el rechazo en frontera o devolución, puede ser en algunos casos una consecuencia de la denegación de entrada o de una prohibición de ingreso al territorio español, impuesta por las autoridades españolas con anterioridad, es decir, son medios de ejecución forzosa de una obligación de regreso del extranjero a su punto de origen⁹⁴⁷.

Por su parte, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado al respecto en algunas sentencias, aclarando que la retención en la frontera de un extranjero en espera de su expulsión o retorno, constituye una situación fáctica de pérdida de libertad de movimientos⁹⁴⁸, es decir, se ratifica mediante las interpretaciones citadas, que la retención en frontera de un extranjero por razones de retorno, es decir en los casos de falta de requisitos para ingresar a territorio español constituyen de por sí una privación de la libertad. En ese sentido, se pronuncia en otras sentencias en las cuales reconoce que el derecho fundamental a la libertad personal del artículo 17 CE es un derecho del ser humano, inherente a su condición de tal, más allá de que sea español o extranjero; siendo por lo tanto pasible de las garantías de tutela judicial efectiva que la ley

⁹⁴⁵ Artículo 62 Ingreso en centros de internamiento

“...2. El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, siendo su duración máxima de 60 días, y sin que pueda acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente...”.

⁹⁴⁶ DORADO NOGUERAS, F. M. ; RODRIGUEZ CANDELA, J. L., *De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador, Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería (LO 4/2000 y LO 8/2000)*, Comares, 2001, pág. 132.

⁹⁴⁷ MARTÍNEZ, V., *Detención en internamiento de Extranjeros*, cit., pág. 220.

⁹⁴⁸ STC 115/1987, de 7 de julio y STC 179/2000, de 26 de junio.

contempla, para garantizar que dicha restricción de la libertad se produzca con arreglo a ley⁹⁴⁹. Asimismo, dicho derecho a la libertad debe ser reconocido y tutelado en todo el territorio nacional, incluidas las fronteras y las zonas internacionales de los aeropuertos, dado que así ha sido interpretado por la jurisprudencia constitucional⁹⁵⁰.

Asimismo, el máximo intérprete de la Constitución en numerosas ocasiones ha establecido que la denegación de entrada consiste en una mera resolución administrativa desfavorable, en este sentido la STC 72/2005, de 5 de abril, establece en relación a la denegación de entrada que “(...) se dicta como consecuencia jurídica de una constatación administrativa del incumplimiento de los requisitos legales para el ejercicio del derecho de entrada en el territorio nacional” (FJ 3º)⁹⁵¹, igualmente en la citada sentencia, y en otras anteriores⁹⁵², se señala que en la denegación de entrada no concurre la función represiva, retributiva o de castigo de la sanción, como sí ocurre en los casos de devolución y expulsión.

Debemos hacer hincapié en que regreso (retorno) y devolución, son dos figuras jurídicas diferentes, la devolución la analizaremos en el próximo apartado, pero de igual forma es conveniente diferenciar dichas figuras. El retorno (regreso), como hemos visto, se produce en el caso el extranjero se presente en el puesto fronterizo e intente ingresar legalmente al territorio del Estado, sin contar con los requisitos para ello. La devolución en cambio, se producirá cuando el extranjero pretenda ingresar a España de manera ilegal o, en su defecto, cuando dicho extranjero, contando con una prohibición de entrada previa, haya ingresado a territorio estatal.

Por otro lado el Tribunal Supremo⁹⁵³, en lo referente a su naturaleza jurídica, ha determinado que la denegación de entrada no es un procedimiento sancionador, ni que la decisión adoptada participa de tal naturaleza, sino que viene a ser un acto de intervención administrativa en el ejercicio de potestades de policía. En ese sentido, el TS ha emitido sentencias, declarando que en varios casos se ha vulnerado el requisito de la motivación para la denegación de entrada en territorio español, alegando que en

⁹⁴⁹ STC 107/1984, de 23 de noviembre; STC 99/1985, de 30 de septiembre.

⁹⁵⁰ STC 174/1999, de 27 de septiembre; STC 24/2000, de 31 de enero.

⁹⁵¹ STC 72/2005, de 5 de abril, F. J. 3.

⁹⁵² STC 276/2000, de 16 de noviembre, F. J. 3, y 132/2001, de 8 de junio, F. J. 3.

⁹⁵³ STS de 25 de enero de 2007, Sala Primera, y STS 383/2007 de 10 de mayo.

ciertas oportunidades la resolución que deniega la entrada en territorio nacional, no expresa un razonamiento que, partiendo de datos o circunstancias determinados, justifique por qué se sospecha que el viaje no responde a una finalidad turística. Al respecto, se aduce que la ausencia de reserva hotelera y de programación de los lugares artísticos o culturales que se quiere visitar no es, por sí sola, razón suficiente para sospechar que la entrada en España no responde a una finalidad turística; señala que no es nada infrecuente un viaje de turismo carente de programación, en el que las visitas y el hospedaje queden al albur de las informaciones que ya dentro del país puedan obtenerse, o de las apetencias que en cada momento puedan surgir ante las varias opciones que se presenten, o, en fin, a la eventualidad del propio discurrir del viaje. Se llama la atención sobre el hecho de que la edad del viajero, el conocimiento del idioma del país de destino y los medios económicos, son circunstancias que pueden alentar una decisión semejante⁹⁵⁴.

2.2 Devolución

La figura de la devolución se encuentra contemplada en el artículo 58.3 de la Ley de Extranjería y en el artículo 23 de su Reglamento, y consiste en la orden dictada por la autoridad gubernativa competente para devolver a aquellos extranjeros que pretendan ingresar ,o hayan ingresado, a territorio español en dos supuestos:

1) Cuando pese sobre el extranjero una prohibición de entrada a España. A estos efectos, se considerará contravenida la prohibición de entrada en España cuando así conste, independientemente de si fue adoptada por las autoridades españolas o por las de alguno de los Estados con los que España tenga suscrito convenio en ese sentido.

2) Cuando el extranjero sea interceptado pretendiendo ingresar ilegalmente en el país. Se considerarán incluidos, a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones.

⁹⁵⁴ SSTs de 31 de octubre de 2007 (recurso núm. 2415/2004), 23 de noviembre de 2007 (recurso núm. 2912/2004), 13 de diciembre de 2007 (recurso núm. 4594/2004) y 8 de febrero de 2008 (recurso núm. 3673/2004).

2.2.1 Trámite de la devolución

Al igual que en el caso de la denegación de entrada, en las situaciones que determinan la devolución del extranjero, la LO 4/2000 prevé que no será necesario incoar expedientes de expulsión; al respecto RODRÍGUEZ CANDELA⁹⁵⁵, señala que si bien es cierto no es necesario incoar expedientes de expulsión, sí se debe incoar un expediente de devolución, caso contrario se estaría vulnerando los principios esenciales de toda administración pública. Dicha posición es contraria a la gran mayoría de la doctrina⁹⁵⁶, que considera que según los términos de la LO 4/2000 y su Reglamento no cabría incoar un expediente de devolución.

Nosotros coincidimos con RODRÍGUEZ CANDELA, consideramos que si bien es cierto la normativa de extranjería no contempla un procedimiento específico, debemos remitirnos a la Ley 39/ 2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, a fin de aplicar un procedimiento sumario que garantice por lo menos la posibilidad de alegaciones del extranjero, garantizando con ello su derecho de audiencia y que además la persona informe que existan situaciones en las que la devolución no fuera procedente, tal es el caso de reunir la condición de refugiado, que se haya producido la suspensión o revocación de la orden administrativa de prohibición de entrada, entre otros supuestos.

Las personas que sean interceptadas en frontera o en sus inmediaciones, deberán ser conducidas por los miembros de las fuerzas de seguridad del Estado en el más breve plazo posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución. De igual forma, en el caso del otro supuesto de devolución, cuando un extranjero es detenido dentro de España y se detecta que pesa sobre él una prohibición de entrada que ha sido quebrantada, deberá procederse a ponerlo a disposición del órgano instructor para que,

⁹⁵⁵ RODRÍGUEZ CANDELA, J., "Infracciones y sanciones. Medidas de alejamiento del territorio nacional, en *Materiales de los Cursos sobre derecho de extranjería*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2009, pág. 53.

⁹⁵⁶ SAGARRA I TRIAS, E., "La actual regulación del derecho de extranjería en España", *Revista jurídica de Cataluña*, Nº 1, 1987, pág.223; APRELL LASAGABASTER, C., *Régimen Administrativo de los extranjeros en España*, Universidad de Málaga-Marcial Pons, Madrid, 1994, pág.191; ESTRADA CARRILLO, V., *Comentarios a la Ley Orgánica y Reglamento de Extranjería*, Trivium, Madrid, 1993, pág.362; entre otros.

en el más breve plazo (máximo 72 horas), proceda a emitir la resolución de devolución. Por otro lado, los extranjeros sujetos a trámites de devolución tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita si no poseen medios económicos y a la asistencia de un intérprete.

Desde el punto de vista procedimental, el expediente de devolución se forma con el acta de denuncia policial y con la documentación que porte el extranjero al ser detenido, dicho expediente es instruido por la Brigada de Extranjería y Fronteras del Cuerpo Nacional de Policía del lugar de la detención y será resuelto por la autoridad gubernativa competente para la expulsión⁹⁵⁷.

Asimismo, la normativa vigente⁹⁵⁸ contempla que, aun cuando se haya adoptado una resolución de devolución, la misma no podrá ejecutarse en los siguientes casos:

- 1) Cuando el extranjero haya solicitado formalmente asilo, denominada como Solicitud de Protección Internacional⁹⁵⁹, hasta que la misma sea declarada inadmitida a trámite. La admisión a trámite de la solicitud de protección internacional llevará aparejada la autorización de entrada y la permanencia provisional del solicitante.

- 2) Cuando la persona extranjera tenga un problema de salud grave o se encuentre en estado de gestación delicado, cuya devolución ponga en riesgo su integridad física.

La autoridad competente para conocer los casos de devolución y emitir la resolución respectiva, será el Subdelegado de Gobierno o Delegado de Gobierno en el caso de las CCAA uniprovinciales, al igual que en el caso del retorno, si la autoridad gubernativa prevé que la ejecución de la devolución no va a ser posible dentro de las 72 horas de haber sido detenido, solicitará ante el Juez de Instrucción la orden de internamiento en un CIE. Por otro lado, según el artículo 58.7 de la LO 4/2000, la devolución acordada como consecuencia de un incumplimiento de prohibición de

⁹⁵⁷ CORDERO LOZANO, C., *Expulsión, devolución y retorno de extranjeros*, cit., pág. 14.

⁹⁵⁸ “Artículo 58.4 de la LO 4/2000 y 23. 3 de su Reglamento.

⁹⁵⁹ Art. 13.4 CE, desarrollado por Ley 12/2009, de 31 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

entrada, conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de dicha prohibición de entrada que hubiese acordado la resolución de expulsión quebrantada. Asimismo, la redacción dada por la LO 2/2009, de reforma de la LO 4/2000, estableció que las devoluciones acordadas como consecuencia de la pretensión de ingreso ilegal, llevarían consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años, dicho precepto fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional, como veremos más adelante⁹⁶⁰.

Por su parte el Reglamento de Extranjería⁹⁶¹, prevé que los plazos de prescripción de la resolución de devolución, en los casos de incumplimiento de la prohibición de entrada y de pretensión de entrada ilegal, son de cinco y dos años respectivamente, éstos se contarán a partir de la culminación del periodo de prohibición de entrada reiniciado, en el primer supuesto. En el caso de pretensión de entrada ilegal, se contempla que la prescripción se contará después de cumplido el periodo de prohibición de entrada que se establezca, pero dado que como hemos visto dicha previsión ha sido declarada inconstitucional, el periodo prescriptorio, será de dos años.

2.2.2 Recursos que pueden interponerse

En primer orden debemos señalar que la resolución en la cual se acuerda la devolución de un extranjero, en cualquiera de los dos supuestos contemplados en la normativa de extranjería, es emitida por el Subdelegado de Gobierno o Delegado de Gobierno en el caso de las CCAA uniprovinciales. Contra este tipo de resolución administrativa, el Reglamento de Extranjería no precisa el recurso que debe interponerse, señalando que en el caso de que la persona se encuentre privada de su libertad, podrá manifestar su voluntad de interponer los recursos que puedan corresponder, debiendo agregarse dicha acta al expediente de devolución. En este caso debemos remitirnos a la Ley 39/2015, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas la cual establece, en su artículo 112.1, que contra las resoluciones o actos de trámite que resuelvan el fondo del asunto, se puede interponer recurso de alzada o potestativo de reposición y en este caso, la resolución que ordena la

⁹⁶⁰ STC 17/2013, de 31 enero.

⁹⁶¹ Artículo 23.7 del Reglamento de Extranjería.

devolución no pone fin a la vía administrativa, por lo que corresponde presentar un recurso de alzada cuyo plazo para interponerlo es de un mes, desde que el extranjero es notificado con la resolución.

Al igual que en el caso de la denegación de entrada, la interposición del recurso de alzada no implica una suspensión de la ejecución de la resolución, por lo que el extranjero con dicho recurso no podrá evitar la devolución programada en dicha resolución. En casos especiales, en los cuales la devolución pudiese causar un daño irreparable, podría interponer una solicitud de medida cautelarísima, dentro de un proceso contencioso administrativo, en los mismos términos que explicamos en la denegación de entrada. Al respecto el Tribunal Supremo⁹⁶² reconoce el derecho a alegar de los que van a ser devueltos, y lo que es aún más importante, a tener la oportunidad de demostrar las alegaciones.

2.2.3 Naturaleza Jurídica

La figura de la devolución trae consigo discusiones teóricas acerca de su naturaleza jurídica, pues algunos la consideran como la ejecución forzosa de un acto administrativo previo que se ha incumplido⁹⁶³, mientras que otros la consideran una medida sancionatoria, pues acarrea para el extranjero también un reinicio del cómputo del plazo de prohibición de entrada anteriormente ordenado⁹⁶⁴; asimismo, otro sector de la doctrina consideraba que era un ejemplo de coacción administrativa⁹⁶⁵ y por último, hay quienes señalan que nos encontramos ante una medida administrativa de restablecimiento del orden jurídico perturbado, que se justifica en la flagrancia de la infracción administrativa, consistente en la entrada ilícita en territorio español⁹⁶⁶.

⁹⁶² STS, de 11 de Abril de 1995.

⁹⁶³ DORADO NOGUERAS, F. M.; RODRIGUEZ CANDELA, J. L., "De las infracciones en materia de extranjería y su régimen...", cit., pág. 860 y SANTOLAYA MACCHETTI, P. (Coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Extranjería*, Lex Nova, 2000, pág. 237.

⁹⁶⁴ RODRIGUEZ CANDELA, J. L., *La devolución del extranjero*, cit., pág. 1338.

⁹⁶⁵ APRELL LASAGABASTER, C., *Régimen administrativo de los extranjeros en España*, cit., pág. 1901.

⁹⁶⁶ Circular 1/2001 Fiscalía General Del Estado, 2001.

A nuestro entender, coincidiendo con REQUEJO⁹⁶⁷, la naturaleza de la devolución debe ser analizada por separado en cada una de las situaciones en las que se origina. Por dicha razón pasaremos a examinarlas independientemente.

a) Devolución por quebrantamiento de una prohibición de entrada

Al respecto, el Tribunal Constitucional se ha manifestado dejando en claro la naturaleza jurídica de este primer supuesto de devolución⁹⁶⁸, considerando que la devolución es un acto de ejecución forzosa, que actualiza una obligación de no entrar en España, derivado de una previa orden, que solo puede ser materializada mediante la compulsión personal, para forzar la salida del territorio español, sosteniendo además, que la devolución requiere necesariamente para su ejecución, que se emita una orden actual de devolución. Para el TC la emisión de dicha orden administrativa, debe realizarse sin dilación, dado que se considerará como detención preventiva, al tiempo que permanezca la persona sin contar con orden de devolución actualizada, desde el momento en que se emite la orden administrativa de devolución, cesa la condición de detención preventiva y por lo tanto deja de serle aplicable las garantías del artículo 17.2 CE⁹⁶⁹.

Según la mencionada sentencia, el plazo de detención por el que puede mantenerse detenida a una persona sin haberse emitido una orden de devolución, no debe exceder las setenta y dos (72) horas, dado que es el plazo establecido en el artículo 17.2 CE⁹⁷⁰, si se sobrepasa dicho plazo sin haberse emitido la resolución de devolución, dicha detención será de carácter ilegal.

⁹⁶⁷ REQUEJO, P., *El internamiento de Extranjeros*, cit., pág. 73.

⁹⁶⁸ STC 174/1999, de 27 de septiembre, en la cual el TC realiza un exhaustivo análisis de la situación de devolución de un ciudadano chino que contraviniendo una orden de expulsión previa intentó ingresar a territorio español. Se señala que la devolución en dicho caso constituía la materialización de una orden administrativa firme. Asimismo se indica que no se puede hablar de un régimen jurídico único para la “sala de rechazados” de los aeropuertos, que en ciertas circunstancias puede ser considerada una detención preventiva, siéndole por tanto aplicable en dicha circunstancia las garantías establecidas en el artículo 17.2 CE.

⁹⁶⁹ Artículo 17 CE:

“...2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial...”

⁹⁷⁰ El art. 17.2 CE contempla la figura de la detención preventiva cuya duración máxima debe ser de 72 horas, tal como lo explicamos en el apartado correspondiente a la detención.

Con lo expuesto debemos aclarar que la detención propiamente dicha puede prolongarse en el tiempo por un plazo mayor a las setenta y dos horas, pero que existe una obligación de las autoridades de emitir la resolución de devolución antes del vencimiento de dicho plazo, caso contrario se estaría vulnerando lo establecido en el artículo 17.2 CE⁹⁷¹. El TC hace hincapié en que con la orden de devolución, cesa formalmente la condición de detención preventiva (aunque en la praxis la detención siga inalterable en cuanto a condiciones y lugar), convirtiéndose dicha detención, a partir de la emisión de la orden de devolución, en la materialización de una orden administrativa, la cual es llevada a cabo mediante la compulsión personal.

Cabe indicar que la compulsión personal es una forma de ejecución forzosa de las resoluciones administrativas, así se establece en la normativa sobre la materia⁹⁷² y sobre la cual se ha basado el Tribunal Constitucional para determinar que en dicho caso, la devolución, no se trata de una detención preventiva propiamente dicha, sino de la ejecución de la orden administrativa de prohibición de entrada al territorio de España. Debemos hacer hincapié en que la compulsión sobre las personas para ejecutarse requiere, según el art. 104 de la Ley 39/2015, una ley de cobertura que expresamente lo autorice, existiendo en este caso, el artículo 58.3 de la LO 4/2000 y el artículo 23 de su Reglamento.

Para CORDERO⁹⁷³, la devolución constituye el mecanismo administrativo de reacción frente al quebrantamiento por parte de un ciudadano extranjero de una prohibición de entrada precedente, por su parte para APRELL LASAGABASTER⁹⁷⁴ la devolución, en los supuestos de contravención de la prohibición de entrada, es otro tipo de coacción administrativa directa y en el mismo sentido la considera RUILOBA

⁹⁷¹ Tiempo máximo de la detención preventiva según el artículo 17.2 CE es de 72 horas.

⁹⁷² Artículo 100.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, que establece:

“Artículo 100 Compulsión sobre las personas

1. Los actos administrativos que impongan una obligación personalísima de no hacer o soportar podrán ser ejecutados por compulsión directa sobre las personas en los casos en que la Ley expresamente lo autorice, y dentro siempre del respeto debido a su dignidad y a los derechos reconocidos en la Constitución.”

⁹⁷³ CORDERO LOZANO, C., *Expulsión, devolución y retorno de extranjeros*, cit., pág. 12.

⁹⁷⁴ APRELL LASAGABASTER, C., *Régimen Administrativo de los extranjeros en España*, Universidad de Málaga-Marcial Pons, Madrid, 1994, pág. 191.

ALVARIÑO⁹⁷⁵, como una coacción administrativa pero que posee ciertas garantías, tales como un mayor conocimiento de los hechos, contemplación individual de cada una de las situaciones y sobre todo una motivación de la decisión.

Así, la coacción administrativa directa se define como aquella actividad excepcional, pues no ha de quedar otra alternativa, motivada por razones de urgencia o peligro, manifestada a través de un acto administrativo no procedimental y donde debe ser utilizada la fuerza material inmediatamente, de forma proporcionada a la necesidad concreta⁹⁷⁶. La coacción administrativa directa se diferencia de la ejecución forzosa, pues no estamos hablando de una actuación que tienda a imponer forzosamente algo incumplido, sino del uso de la fuerza aplicada directa e inmediatamente sobre una situación de hecho que así lo requiera. Para nosotros, coincidiendo con RODRÍGUEZ CANDELA⁹⁷⁷, este supuesto de devolución no se encuadraría dentro de dicha figura jurídica, sino más bien dentro del marco de la ejecución forzosa, dado que con esta medida se está dando cumplimiento a una orden administrativa previa, que es la prohibición de entrada a España.

Sin embargo esta devolución no solo implica la expulsión del país sino que, como explicamos anteriormente, trae aparejada el reinicio del cómputo de la prohibición de entrada quebrantado⁹⁷⁸, en este sentido RODRÍGUEZ CANDELA afirma que la naturaleza jurídica de la devolución es sancionatoria y considera que esta previsión es inconstitucional, pues constituye una nueva sanción aplicada sin las garantías de un procedimiento sancionador, considera que es inaceptable plantear que la sanción es la misma señalando literalmente: *“...Mejor se entenderán nuestros argumentos si extrapolamos al ámbito sancionador penal las consecuencias que para el penado tiene el quebrantamiento de su condena (figura que puede equipararse, mutatis mutandis, al quebrantamiento de la orden de prohibición de entrada): en el ámbito penal, en todo*

⁹⁷⁵RUILOBA ALVARIÑO, J., “Procedimiento sancionador”, en ADROHER, S.; CHARRO, P., (Coords.), *La inmigración: Derecho Español e internacional*, J.M. Bosch, Madrid, 1995, pág. 551.

⁹⁷⁶ AGIRRE AZKUENAGA, I., *La Coacción Administrativa Directa*, Civitas 1990, pág. 205.

⁹⁷⁷ RODRÍGUEZ CANDELA, J., “Infracciones y sanciones. Medidas de alejamiento del territorio nacional”, en *Materiales de los Cursos sobre derecho de extranjería*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2009, pág. 61.

⁹⁷⁸ Artículo 58º de la LO 4/2000:

“...7. La devolución acordada en el párrafo a) del apartado 3 de este artículo conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la resolución de expulsión quebrantada...”.

caso, se procederá a la apertura de nuevas diligencias por la presunta comisión de una nueva infracción (quebrantamiento de condena), pero nunca a la reanudación del cómputo del tiempo de privación de libertad... ”⁹⁷⁹.

Nosotros coincidimos en esta postura, por cuanto consideramos que resulta innecesario y desproporcionado contemplar un reinicio del cómputo de la prohibición de entrada; dicha previsión es una sanción de facto que no está dotada de un procedimiento en el cual la persona pueda defenderse y ser oída, siendo a todas luces inconstitucional. Con respecto a dicha previsión, debemos señalar que el Tribunal Constitucional⁹⁸⁰ la ha considerado acorde a la Constitución, puesto que no ha procedido a declarar su inconstitucionalidad, como sucedió en el caso de la sanción de prohibición de entrada de tres años en caso de pretensión de entrada ilegal.

Por otra parte, debemos señalar que existe jurisprudencia que establece que la imposición del plazo de prohibición de entrada está sujeta a la necesaria motivación, especialmente si no se impone en el grado mínimo⁹⁸¹, en ese sentido la STSJ Murcia (224/2010 de 12 de abril) BDB TSJ Murcia 3739/2010, establece: “...*La resolución recurrida efectivamente impone la prohibición de entrada al apelante en territorio Shengen por un plazo de tres años. Tal prohibición no está suficientemente motivada, pues es cierto que se le ha impuesto al recurrente el grado máximo de tres años sin que conste motivación alguna sobre este particular, por lo que esta Sala considera más adecuado que la prohibición de entrada se reduzca a un año... ”.*

Por su parte el Tribunal Supremo, en su sentencia del 12 de marzo de 2013⁹⁸², declara contrarios a la ley algunos artículos del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en dicha sentencia se mantiene la postura adoptada por el Tribunal desde 1980⁹⁸³, en la cual cuando se incumple una prohibición de entrada al país se deja sentado que, en efecto, el acto de

⁹⁷⁹ RODRÍGUEZ CANDELA, J., “Infracciones y sanciones...” cit., pág. 57.

⁹⁸⁰ STC 17/2013 de 31 de enero que explicaremos más adelante.

⁹⁸¹ CORDERO LOZANO, C., *Expulsión, devolución y retorno de extranjeros*, cit., pág. 13.

⁹⁸² JUR/2013/98666, de 12 de marzo.

⁹⁸³ SSTS, de 25 de junio de 1980; de 14 de diciembre de 1998; 14 noviembre de 2001 (RJ 2002; entre otras.

devolución no constituye una sanción adicional y autónoma, sino que viene a ser el cumplimiento de una orden previa (prohibición de entrada)⁹⁸⁴.

Desde nuestro punto de vista la devolución por quebrantamiento de una prohibición de entrada previa, no es una sanción en sí misma, porque lo que se ha previsto con ella es restablecer una orden administrativa que ha sido quebrantada, constituyendo una ejecución forzosa de un acto administrativo y para su ejecución, las autoridades se valdrán de la compulsión personal. Sin embargo debemos señalar, que el reinicio del cómputo de la prohibición de entrada que viene aparejado con dicha devolución, sí lo consideramos una sanción, la cual por cierto no tiene previsto un procedimiento sancionador previo con todas las garantías.

Para el cumplimiento de dicha orden administrativa, primero debe emitirse una orden de devolución en el plazo máximo de 72 horas desde que la persona es detenida y luego de ello evaluar si la ejecución de la salida forzosa del país será viable en dicho plazo, en el caso de no ser así, el instructor deberá recurrir al Juez de Instrucción respectivo a fin de que autorice el internamiento de la persona en un CIE, solo durante el tiempo indispensable para coordinar la salida del extranjero, pudiendo ser como máximo de 60 días.

b) Devolución por intento de ingreso ilegal a España

Por otro lado, si examinamos el segundo supuesto en el cual se produce la devolución, es decir que el extranjero haya pretendido ingresar ilegalmente a territorio español, la perspectiva cambia, pues se trata de una tentativa de transgresión de la normativa vigente, y la detención y posterior devolución (acto de expulsión) constituye una prerrogativa del Estado español dentro de sus facultades de control de fronteras.

⁹⁸⁴ STS, de 14 noviembre de 2001 (RJ 2002, 659).

"[...] cuando se incumple la Orden de expulsión y prohibición de entrada en territorio español durante cinco años, [...] la posterior devolución, una vez producida la entrada ilegal, que quebranta la citada Orden de expulsión, la devolución aquí cuestionada es una manifestación de la propia ejecutividad del acto administrativo incumplido, no teniendo sustantividad propia como para justificar un nuevo procedimiento ni pudiendo ser calificada, tampoco, como un procedimiento sancionador, carente de garantías, como ha recordado la sentencia de esta Sala de 14 de diciembre de 1998 (RJ 1998, 10307) ".

Según ESTRADA, este supuesto de devolución debe ser considerado como una coacción administrativa directa ante el supuesto de una situación contraria al orden público, que demanda por ello una reacción instantánea que no permite el sistema normal de una decisión declarativa previa⁹⁸⁵.

Cabe señalar que hasta antes de la emisión por parte del Tribunal Constitucional de la STC 017/2013, de 31 de enero, la devolución del extranjero motivada por su ingreso o intento de ingreso a territorio español de manera ilegal, traía aparejada una medida accesoria de prohibición de entrada de hasta tres años. En este supuesto, nos encontrábamos frente a una medida sancionatoria, la cual, al ser de tal naturaleza, despertó los cuestionamientos de un sector de la doctrina que opinaba que a tal sanción debía dotársele de un procedimiento administrativo, que garantice el derecho a la legítima defensa y el goce de las garantías procedimentales contempladas en los procedimientos administrativos sancionadores⁹⁸⁶, fue así que como consecuencia del recurso interpuesto por el Parlamento Vasco, el máximo intérprete de la Constitución declaró inconstitucional la sanción contenida en el inciso 7 del artículo 58 de la LO 4/2000.

En la citada sentencia, el Tribunal Constitucional⁹⁸⁷ se ha pronunciado estableciendo que a diferencia de la expulsión, la devolución pretende evitar la contravención del ordenamiento jurídico de extranjería, por lo que no comporta en sí misma una sanción, sino una medida gubernativa de reacción inmediata frente a una perturbación del orden jurídico, de igual forma, coincidiendo con anteriores pronunciamientos⁹⁸⁸, ha determinado que la resolución de devolución no contiene “*función represiva, retributiva o de castigo*”, la cual es propia de las resoluciones sancionatorias.

Dicha resolución administrativa, según el TC, no suprime o restringe derechos pertenecientes a su destinatario “*como consecuencia de un ilícito*”⁹⁸⁹, sin perjuicio de

⁹⁸⁵ESTRADA CARRILLO, V., *Comentarios a la Ley Orgánica y Reglamento de Extranjería*, Trivium, Madrid, 1993, pág. 362.

⁹⁸⁶POMED SÁNCHEZ, L. “La efectividad de la tutela judicial de los extranjeros”, *Monografías de la revista aragonesa de Administración Pública, Ciudadanía e inmigración*, 2003, pág. 361.

⁹⁸⁷ SSTC 017/2013, de 31 de enero, F. J. 12.

⁹⁸⁸ SSTC 276/2000, de 16 de noviembre, F. J. 3; y 132/2001, de 8 de junio, F. J. 3.

⁹⁸⁹ STC 48/2003, de 12 de marzo, F. J. 9.

que, tal como deriva del art. 20.2 de la LO 4/2000, habrán de respetarse las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones. Es decir, el máximo intérprete de la constitucionalidad establece que la devolución en sí misma analizada, no constituye sanción alguna, sino que es consecuencia del cumplimiento de una orden previa, o de la garantía de mantener el control de los flujos migratorios.

Por su parte, el Tribunal Supremo en la ya mencionada sentencia de 12 de marzo de 2013, ha reconocido que esta figura tiene similitud con las medidas administrativas de rechazo en frontera o denegación de entrada (regreso). En dicho sentido, establece que este segundo género de órdenes de "devolución" tampoco tienen carácter sancionador, no son *“sino medidas impeditivas de la entrada ilegal en España frente a quienes pretendan eludir la preceptiva entrada por los puestos de control fronterizos”*, se señala que quienes optan por la entrada a través de dichos puestos pueden verse rechazados, sin que ello constituya una sanción administrativa, pudiéndose aplicar la devolución a quienes sean aprehendidos, en la misma frontera o en sus inmediaciones, cuando intentan burlar el control reglamentario.

Según el Tribunal Supremo, no existe diferencia sustancial entre la denegación de entrada y el citado supuesto de devolución, desde la perspectiva de su naturaleza jurídica, aun cuando en la Ley de Extranjería ambos tengan un régimen diferenciado, opinando que se trata de actuaciones administrativas enmarcadas dentro de la lógica propia de un sistema de control de entrada de los extranjeros en España, más no en la del ejercicio del *Ius Puniendi* del Estado⁹⁹⁰.

Pero las dudas y cuestionamientos en el tema de la devolución no acaban en dirimir su naturaleza jurídica, sino también atañen a lo referente a su ámbito de aplicación, pues no se encuentran perfectamente definidas las situaciones en las cuales se puede considerar que el extranjero ha pretendido ingresar ilegalmente a España. Aparentemente, dicho supuesto contemplado en la norma, sólo incluiría a aquellos que han intentado ingresar ilegalmente a España es decir, a los que incurrieron en tentativa

⁹⁹⁰ STS, de 14 noviembre de 2001 (RJ 2002, 659), F. J. 4.

sin consumación, pero la duda surge del inciso b) del artículo 23.1 del Reglamento, que incluye en dicho supuesto a aquellos extranjeros que, habiendo entrado a territorio español, sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones sin cumplir los requisitos de entrada. Dicho precepto trae como consecuencia el nacimiento de cuestionamientos acerca de cuál debería ser la medida adecuada a adoptar en el caso de que el extranjero, habiendo ingresado de manera ilegal a España, se encuentre en el país de manera estable; en ese caso ¿cabe aplicar la devolución o en su defecto la expulsión?

En principio, la interpretación gramatical permitiría distinguir a los extranjeros que pretenden entrar, de aquellos que ya han entrado, y podría afirmarse que la devolución se aplicará a los que pretendan entrar y la expulsión a los que ya han entrado. Debemos señalar que esta figura jurídica, fue reformada por la LO 8/2000 y supuso con esta reforma la supresión de la entrada ilegal del catálogo de infracciones graves que se recogen en el artículo 53 de la LO 4/2000, lo que supone que la entrada ilegal, al dejar de ser una infracción grave, no puede motivar una sanción de expulsión del territorio nacional, y tan sólo queda como un supuesto de devolución. En ese sentido TOLOSA⁹⁹¹, entiende que la LO 8/2000 pretende una clara postura involucionista y regresiva, una vuelta al tratamiento que de la entrada ilegal realizaba la LO 7/1985, no debiendo olvidar una realidad significativa, como el importante aumento cuantitativo que tienen los supuestos de entradas ilegales mediante el recurso "a la patera" y el desembarco en las playas.

Para dirimir esta discusión debemos analizar el artículo 53.1 a) que establece como infracción grave:

“a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente...”

Sobre este punto nacen discusiones referidas a determinar si la entrada ilegal en España se encuentra dentro de este supuesto (al cual se le aplica la expulsión) o en el

⁹⁹¹ TOLOSA TRIBIÑO, C., “La entrada ilegal en España: Su tratamiento jurídico tras el Reglamento de la Ley de Extranjería”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 512, de 13 de diciembre 2001, pág. 73.

campo de la devolución. Al respecto, el Tribunal Supremo, en su sentencia de 22 de diciembre de 2005, descarta que pueda aplicarse en estos casos la infracción grave del art. 53.1 a) de la Ley de Extranjería, ya que el tenor literal del precepto exige no solo que el extranjero se encuentre en España en situación irregular, sino que esta situación irregular provenga de tres supuestos:

- 1º) Por no haber obtenido la prórroga de estancia.
- 2º) Por carecer de autorización de residencia.
- 3º) Por tener caducada más de tres meses la mencionada autorización de residencia.

Como es de verse, según el TS solo cuando la estancia irregular es consecuencia de encontrarse el extranjero en alguno de estos tres supuestos, procede aplicar el artículo 53.1 a) y por ende la expulsión, y no cuando la situación de irregularidad se produce por el hecho de haber entrado de forma ilegal en España. Otra interpretación diferente, a criterio del TS, sería una interpretación extensiva de una norma sancionadora, proscrita por los artículos 25.1 de la CE y 27 de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público. Adicionalmente, en su sentencia de 22 de diciembre del 2005, se estableció que si el extranjero llevaba en el territorio nacional más de 90 días, pero su entrada había sido ilegal, debía optarse por la expulsión en lugar de la devolución, como comentaremos posteriormente, en dicha sentencia se hace hincapié en que en las devoluciones debe existir un procedimiento administrativo.

Por otro lado, debemos aclarar que el Tribunal Supremo ha establecido un requisito adicional para que la medida a aplicar sea la devolución y no la expulsión, atendiendo al plazo de la estancia, sólo se aplicará la devolución a aquellas estancias irregulares originadas como consecuencia de una entrada ilegal que sean inferiores a 90 días, en caso contrario sí serán consideradas infracciones graves y por lo tanto se les aplicaría la medida de expulsión. Vale decir, que la figura de la devolución se aplicará solo a aquellas personas que han entrado ilegalmente a España y cuya detención se ha producido antes de cumplirse los 90 días de estancia, si la estancia es mayor, se deberá recurrir a la figura de la expulsión.

Como es de verse la entrada ilegal en España, cuya duración de la estancia sea menor a 90 días, es tipificada por el Tribunal Supremo en dicha sentencia y en otras posteriores⁹⁹² como una devolución, ante tal interpretación, en la doctrina se ha criticado duramente al Tribunal Supremo. En este sentido RODRÍGUEZ CANDELA afirma: “...Ante tal vacío legal, el TS opta por acudir a la figura de la devolución regulada en el artículo 58 de la LOEXIS, forzando una interpretación que, en modo alguno compartimos, ya que la devolución según el artículo 58 de la LOEXIS solo procede en los supuestos de tentativas de entrada, nunca en supuestos de entradas consumadas, por muy ilegales que estas hayan sido...”⁹⁹³.

Al respecto un sector de la doctrina⁹⁹⁴ considera que la devolución sólo puede abarcar los supuestos de intento de ingreso y de detención en la frontera o en sus inmediaciones, dado que son situaciones en las cuales no existe un asentamiento en el territorio del Estado y son provisionales o de tránsito, por el contrario, en el caso de que la entrada se haya producido de manera ilegal y el extranjero se encuentre ya residiendo en España, la figura a aplicar debería ser la de expulsión.

Una posición intermedia, con la cual coincidimos, postula RODRÍGUEZ CANDELA⁹⁹⁵ quien opina que la solución a la situación creada, la encontraríamos en la figura de la salida obligatoria contemplada en los artículos 28.3 de la LO 4/2000 y 24.1 del Reglamento de Extranjería, según el artículo 28.3 LO 4/2000, apartado c) es un supuesto de salida obligatoria “*la falta de autorización para encontrarse en España*”, enmarcándose en este supuesto el caso de quien entrando ilegalmente no ha superado el periodo de estancia de 90 días, pero que claramente se encuentra en situación de irregularidad administrativa.

Dicha disposición se complementarían con el artículo 24.1 del Reglamento de Extranjería, el que recoge como causa de salida obligatoria los supuestos de falta de autorización para encontrarse en España, en especial por no haber cumplido los

⁹⁹² SSTs 5936/2006 de 6 de octubre de 2006; 550/2007 de 31 de enero de 2007; 1353/2007 de 28 de febrero de 2007; 1352/2007 de 28 de febrero de 2007; 2764/2007 de 19 de abril de 2007; 6037/2007 de 27 de septiembre de 2007; 434/2008 de 14 de febrero de 2008; entre otras.

⁹⁹³ RODRÍGUEZ CANDELA, J., “Infracciones y sanciones...”, cit., pág. 19.

⁹⁹⁴ APRELL LASAGABASTER, C., *Régimen administrativo de los extranjeros en España*, cit. y REQUEJO, P., *El internamiento de Extranjeros*, cit.

⁹⁹⁵ RODRÍGUEZ CANDELA, J., “Infracciones y sanciones...”, cit., pág. 20.

requisitos de entrada, esta salida obligatoria supondrá la advertencia de la necesidad de abandonar el país en el plazo que se fije⁹⁹⁶, que podrá ser estampada en el Pasaporte o documento análogo, o en documento aparte, si la entrada se produjo amparada en documento de identidad, o también cabría aplicarla si se ingresó a España sin documento alguno.

En este caso, una vez transcurrido el plazo que se fije, aun cuando éste fuese inferior a los 90 días, si el extranjero no cumple con su salida voluntaria de España, se habría generado una habilitación legal para acudir a la infracción grave del artículo 53.1 a) de la LO 4/2000 y por ende a la expulsión, por habilitación del apartado 2º del artículo 24 del Reglamento de Extranjería, pudiendo imponerse un periodo de prohibición de entrada de hasta 5 años. Sin embargo, si la salida se produce dentro del plazo que se le haya otorgado, no existirá prohibición de entrada alguna, dado que no habría existido infracción.

En conclusión, según dicha interpretación en los supuestos de entradas ilegales consumadas, cuando el extranjero sea detectado dentro del plazo de 90 días, la administración no debería acordar ni la expulsión, ni la devolución, vía artículo 58, sino la salida obligatoria, en los términos que hemos advertido⁹⁹⁷, sin embargo debemos aclarar que actualmente en estos casos se aplica la doctrina del Tribunal Supremo que hemos explicado anteriormente.

2.3 Internamiento como medida accesoria de una presente o futura sanción de expulsión

Luego de tratar los casos en los cuales un extranjero no residente que pretenda ingresar a territorio español, o lo haya hecho de manera ilegal puede ser detenido e internado en un CIE, abordaremos la medida de internamiento en los Centros de Internamiento para Extranjeros, derivada de un procedimiento sancionador de expulsión.

⁹⁹⁶ Máximo de 15 días, salvo que concurren circunstancias excepcionales y se justifiquen medios de vida, en cuyo caso este plazo podrá prorrogarse hasta 90. Apartado 2º del art. 24 del Reglamento de Extranjería.

⁹⁹⁷ RODRÍGUEZ CANDELA, J., "Infracciones y sanciones...", cit., pág. 21.

En lo referente a la aplicación de una medida de internamiento, debemos señalar que un extranjero con estancia irregular, corre el riesgo de ser detenido por la policía y de que se inicie contra él un expediente sancionador que puede concluir con la imposición de una sanción de expulsión. El instructor del procedimiento, si así lo estima conveniente y luego de evaluar la situación particular del inmigrante, puede solicitar al Juez de Instrucción del lugar donde se produjo la detención que dicte la orden de ingreso del extranjero en un Centro de Internamiento de Extranjeros-CIE mientras se tramita el expediente sancionador. Dicho internamiento, según lo establecido en el nuevo Reglamento de Extranjería, no podrá ser mayor de sesenta días⁹⁹⁸, al término de los cuales la persona habrá de ser necesariamente puesta en libertad, aunque no se haya concretado su expulsión.

Por otro lado, puede darse el caso de que a un extranjero le haya sido incoado un expediente sancionador sin detención cautelar, en cuyo caso, de resolverse que la sanción a imponer será la expulsión, deberá ordenarse su detención y posterior internamiento en un CIE, si es que se prevé que la expulsión no podrá materializarse en el plazo de 72 horas, que como ya hemos visto es el plazo máximo que establece la LO 4/2000 para las detenciones en materia de extranjería. Será la policía la encargada de llevar a cabo las detenciones, las que podrán derivarse de redadas migratorias u otras situaciones.

Es importante señalar que los inmigrantes detenidos y llevados a los CIE, mayormente cuentan de antemano con una orden de expulsión emitida por la Subdelegación de Gobierno notificada al último domicilio conocido de la persona⁹⁹⁹, si el procedimiento se ha llevado a cabo por la vía ordinaria, la orden de expulsión contendrá un mandato de salida de territorio español, otorgando al extranjero un plazo de 7 a 30 días para abandonar el país de manera voluntaria. En el caso de que el procedimiento se haya tramitado por la vía preferente, se emitirá la orden de expulsión sin otorgamiento de periodo de salida voluntaria. En la praxis la mayoría de las personas no cumple con esta orden de manera voluntaria, debido a muchos motivos, que analizaremos más adelante.

⁹⁹⁸ Art. 62.2 de la LO 4/2000.

⁹⁹⁹ MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, cit., pág. 252.

Cabe aclarar, en resumen, que un extranjero en situación irregular puede ser detenido e internado en un CIE a consecuencia de un procedimiento sancionador de expulsión, cuando se dan dos supuestos:

- El primero de ellos, es aquel referido al inicio del procedimiento sancionador en la vía de procedimiento preferente, caso en el cual si el instructor lo considera pertinente, solicitará al Juez de Instrucción respectivo que dicte su internamiento en un CIE, mientras se diligencia el procedimiento, a fin de garantizar su futura y casi inminente expulsión.

- El segundo de ellos, es haber sido sancionado con una orden de expulsión como consecuencia de un expediente sancionador que ha sido incoado por encontrarse en España de manera irregular. En este caso la persona no ha sido previamente detenida ni internada en un CIE. Debemos señalar que dicha posibilidad solo puede darse dentro del plazo que resulte de la sumatoria de la vigencia de la orden de expulsión que es de dos años¹⁰⁰⁰, más el periodo de prohibición de entrada que le haya sido impuesto¹⁰⁰¹.

2.3.1 Breve referencia a la irregularidad y sus procedimientos sancionadores

La LO 4/2000 distingue entre infracciones leves, graves y muy graves, siendo la irregularidad una infracción grave, las demás infracciones no son materia de la presente investigación, razón por lo cual no las desarrollaremos. Sin embargo creemos conveniente realizar una breve referencia a los procedimientos sancionadores contemplados en la normativa de extranjería.

En el régimen sancionador de extranjería, se contemplan hasta cinco procedimientos o modalidades procedimentales diferentes, en función del tipo de infracción cometida y las sanciones a imponer en el mismo, los cuales pasamos a reseñar brevemente:

¹⁰⁰⁰ Prescripción de las sanciones en materia de extranjería, art. 56.1 de la LO 4/2000.

¹⁰⁰¹ Art. 58 de la LO 4/2000.

- El primero de ellos, es el procedimiento ordinario de expulsión que será de aplicación para sancionar las infracciones graves contempladas en el artículo 53¹⁰⁰² y las infracciones muy graves del artículo 54¹⁰⁰³, salvo las reguladas para el procedimiento preferente. En el Reglamento de Extranjería se regula su procedimiento en los artículos 226 al 233.
- El segundo de ellos, el procedimiento simplificado previsto para cuando los hechos denunciados se califiquen como infracción de carácter leve, regulados como tales en el artículo 52 de la LO 4/2000 y su procedimiento en los artículos 238 al 240 del Reglamento de Extranjería.
- En tercer lugar, tenemos el procedimiento preferente que se ha de seguir para la imposición de la sanción de expulsión del territorio nacional por las causas previstas en los artículos. 54.1, apartados a) y b); 53.1, apartados d) y f); así como la conducta prevista en el artículo 57.2 de la LO 4/2000¹⁰⁰⁴, lo cual se seguirá conforme a lo establecido en el artículo 63.1 de la LO 4/2000, y los artículos 234 al 237 del Reglamento de Extranjería. Debemos indicar que también pueden incluirse dentro de este procedimiento, las conductas contempladas en el artículo 53,1 apartado a)¹⁰⁰⁵, cuando exista riesgo de incomparecencia, cuando el extranjero evite o dificulte la expulsión o, en su defecto, cuando el extranjero represente un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional. Sus causales y características serán desarrolladas en el siguiente apartado.

¹⁰⁰²Se excluyen los apartados d) y f) del artículo 53.1 de la LO 4/2000, por ser tramitados por el proceso preferente.

¹⁰⁰³ Se excluyen de este procedimiento los apartados a) y b) del artículo 54, por ser tramitados por el proceso preferente.

¹⁰⁰⁴ *Artículo 57* Expulsión del territorio

“...2. Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados...”.

¹⁰⁰⁵ Artículo 53 Infracciones graves

1. Son infracciones graves:

a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.

- El cuarto procedimiento, es aquél específico de las infracciones previstas en los artículos 52.2 apartados c), d) y e); 53.1, apartado b), y 53.2, apartado a) y 54.1, apartados d) y f) de la LO 4/2000, que son infracciones que guardan relación con el régimen laboral, y que según el segundo párrafo del artículo 55.2 de la citada Ley de Extranjería, el procedimiento respectivo se iniciará por acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de acuerdo con lo establecido en el procedimiento sancionador por infracciones del orden social ¹⁰⁰⁶. Dicho procedimiento se encuentra regulado también en el Reglamento en los artículos 253 y 254 del Reglamento de Extranjería.

- El quinto procedimiento, es aquel referido a las infracciones en el marco de cualquier otro deber, obligación o carga impuesto por el ordenamiento jurídico general, situación en la cual serán posibles de sanción de acuerdo al procedimiento y sanciones específicas en cada caso ¹⁰⁰⁷.

En general, la regulación procedimental en materia sancionadora está prevista en la Ley 40/2015 de Régimen Jurídico del Sector Público y también en el Reglamento de Extranjería, puesto que la LO 4/2000 no contempla todas las situaciones ni los procedimientos específicos, remitiéndose tanto la Ley de Extranjería como su Reglamento a dicha norma general, sin embargo es menester aclarar que la LO 4/2000 y su Reglamento, sí contemplan otros procedimientos, como es el caso de la obtención de permisos de residencia, reagrupación familiar, etc.

Asimismo, debemos señalar que en los procedimientos sancionadores contra la resolución que impone la sanción, se puede interponer un recurso potestativo de reposición, el cual de acuerdo a la Ley 39/2015, se presentará ante el mismo órgano que dictó resolución en el plazo de un mes desde su notificación o, en su defecto, podrá presentarse un recurso contencioso-administrativo en el Juzgado del lugar donde se

¹⁰⁰⁶ El procedimiento será el previsto en la mencionada Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, así como lo contemplado en el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones del orden social y para los expedientes liquidadores de cuotas de la seguridad social.

¹⁰⁰⁷ Art. 255 del Reglamento de Extranjería.

instruyó el procedimiento administrativo en el plazo de dos meses (desde la primera notificación o desde la desestimación del recurso de reposición presentado) y si se desestima el recurso contencioso-administrativo, cabe interponer recurso de apelación ante el respectivo Tribunal Superior de Justicia, en el plazo de quince días.

Como es sabido, la estancia irregular es una falta administrativa grave contemplada así en la Ley Orgánica 4/2000¹⁰⁰⁸, ser “irregular” significa estar “sin papeles”, es decir, sin permiso de trabajo y residencia, sea que en ningún momento durante su estancia en España tuvo la categoría de residente temporal, o en su defecto que el extranjero en un inicio la tuvo, pero no la pudo renovar debido a una serie de factores, entre ellos la falta de trabajo. Tal es así que llegado el momento de la renovación, la persona no tenga trabajo ni oferta, o la duración de los mismos sea inferior a la prescrita, verá su solicitud denegada y su situación devendrá en irregular.

Con las características actuales del mercado de trabajo, es frecuente que muchos inmigrantes vean su solicitud denegada pese a haber venido trabajando regularmente y tener perspectivas razonables de poder trabajar si es titular de la autorización; por otro lado, también se encuentran quienes habiendo entrado regularmente deciden quedarse pasado el plazo de autorización, como es el caso de los nacionales de países que no requieren visado de turista para su ingreso a España, pero cuyo plazo máximo de estancia no debe sobrepasar los 90 días calendario¹⁰⁰⁹, o de aquellos que habiendo entrado con visado de turistas permanecen en España más allá del tiempo establecido en su respectivo visado.

¹⁰⁰⁸ *Artículo 53 Infracciones graves*

1. Son infracciones graves:

a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.

¹⁰⁰⁹ Albania, Andorra, Antigua y Barbuda, Argentina, A.R.Y.M. (Antigua Rep. Yugoslava de Macedonia), Australia, Bahamas, Barbados, Bosnia Herzegovina, Brasil, Brunei Darussalam, Canadá, Chile, Colombia, Corea Del Sur, Costa Rica Dominica, El Salvador, Emiratos Árabes Unidos, Estados Unidos, Granada, Guatemala, Honduras, Israel, Japón, Kiribati, Malasia, Marshall, Islas Mauricio, México, Micronesia, Moldova, Mónaco, Montenegro, Nauru, Nicaragua, Nueva Zelanda, Palaos, Panamá, Paraguay, Perú, Salomón (Islas), Samoa, San Cristobal y Nieves, San Marino, S. Vicente y Granadinas, Santa Lucía, Santa Sede, Serbia, Seychelles, Singapur, Timor Oriental, Tonga, Trinidad y Tobago, Tuvalu, Uruguay y Vanuatu.

La estancia irregular es concebida como una infracción administrativa (no penal), que en principio se sanciona con una multa de 500 hasta 10,000 euros (Art. 55.1 b) de la LO 4/2000), pero en el caso de que concurran algunas causales consideradas como agravantes, puede conllevar la apertura de un procedimiento sancionador con la consiguiente expulsión del país, esta medida de expulsión es concebida por los Tribunales como una sanción. En ese sentido la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias- ST 947/2001 de 23 de octubre¹⁰¹⁰, ha indicado: “...la LO 4/2000 tiene un claro carácter sancionador, ya que no se limitó a establecer un medio de ejecución forzosa para el cumplimiento de la obligación de salir del país impuesta a los extranjeros no autorizados a permanecer en él (compulsión directa), sino que tipificó el incumplimiento de esa obligación (estancia ilegal) como supuesto de infracción grave ...”. Por otro lado hay un sector de la doctrina que consideran a la expulsión como una medida administrativa no sancionadora, en ese sentido CORDERO, señala que: “...La expulsión administrativa de los supuestos previstos legalmente no constituye, propiamente, una actuación represiva y por tanto no es exactamente una sanción...”¹⁰¹¹.

Asimismo, como ya hemos advertido, debemos resaltar que la LO 4/2000 otorga a la autoridad competente, en el caso de ciertas faltas graves o muy graves, la posibilidad de aplicar alternativamente la multa o la expulsión, así lo establece en su artículo 57.1 que a la letra dice: “1. Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas de las tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse, en atención al principio de proporcionalidad, en lugar de la sanción de multa, la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo y mediante la resolución motivada que valore los hechos que configuran la infracción...”.

Como es de verse, el legislador español ha tomado en consideración el principio de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y en su caso el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia para decidir la expulsión y no la sanción de multa, pero también introduce el principio de oportunidad

¹⁰¹⁰ BDB TSJ Canarias (Tenerife) 44354/2001.

¹⁰¹¹ CORDERO LOZANO, C., *Expulsión, devolución y retorno de extranjeros*, cit., pág. 10.

para adoptar dicha sanción¹⁰¹², en ese sentido la expulsión se configura, junto con la multa, como la sanción característica de las infracciones más graves a las normas que regulan las condiciones de permanencia de un ciudadano extranjero en territorio español¹⁰¹³.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de fecha 23 de abril de 2015, la cual en cumplimiento de la Directiva Europea 115/2008, cambia el sentido de su anterior jurisprudencia¹⁰¹⁴ y establece que, en el caso de extranjeros que se encuentren en situación irregular, la posibilidad de imponer alternativamente la sanción de multa a la de expulsión por parte de la legislación española, contraviene lo establecido en la Directiva 2008/115/CE, perjudicando los fines establecidos en sus artículos 6, apartado 1, y 8, apartado 1¹⁰¹⁵, en relación con su artículo 4, apartados 2 y 3¹⁰¹⁶.

Según el Tribunal Europeo, la Directiva Europea tiene por finalidad viabilizar la expulsión de los extranjeros que se hallen en situación irregular dentro de cualquier Estado miembro de la UE; por lo que una disposición como la contenida en el artículo

¹⁰¹² El artículo 235.1 del Reglamento de Extranjería establece: "*cuando de las investigaciones se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión, se dará traslado de la propuesta motivada por escrito al interesado, para que alegue lo que considere adecuado en el plazo de cuarenta y ocho horas...*".

¹⁰¹³ CORDERO LOZAZO, C., *Expulsión, devolución y retorno de extranjeros*, cit, pág. 8.

¹⁰¹⁴ Dicha sentencia del TJUE se contradice con su anterior jurisprudencia debido a que en ella no se había tomado en consideración la Directiva 115/2008- Directiva de Retorno Europea, puesto que no era aplicable en el momento de los hechos. Tal es el caso de la STJUE de 22 de octubre de 2009, C-261/2008, en la cual se considera que las normas de la Unión Europea no imponen a un Estado miembro la expulsión de un nacional de un tercer país que se encuentra en situación irregular en su territorio porque no cumple o ha dejado de cumplir los requisitos relativos a la duración de la estancia aplicables en él, sino porque permiten al Estado miembro, sustituir una orden de expulsión por la imposición de una multa. En su sentencia del año 2015 el TJUE interpreta lo establecido en la Directiva 115/2008, cambiando el sentido de su jurisprudencia.

¹⁰¹⁵ "...Artículo 6º.- Decisión de retorno

1 Los Estados miembros dictarán una decisión de retorno contra cualquier nacional de un tercer país que se encuentre en situación irregular en su territorio, sin perjuicio de las excepciones contempladas en los apartados 2 a 5...".

"...Artículo 8º.- Expulsión

1. Los Estados miembros tomarán todas las medidas necesarias para hacer cumplir la decisión de retorno cuando no se haya concedido un plazo para la salida voluntaria de conformidad con el artículo 7, apartado 4, o cuando no se haya cumplido con la obligación de retorno dentro del plazo para la salida voluntaria concedido de conformidad con el artículo 7...".

¹⁰¹⁶ "Artículo 4º.- Disposiciones más favorables

2. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio de cualquier disposición del acervo comunitario en el ámbito de la inmigración y del asilo que pueda ser más favorable para el nacional de un tercer país.

3. La presente Directiva se entenderá sin perjuicio del derecho de los Estados miembros a adoptar o mantener disposiciones que sean más favorables para las personas a quienes se aplica, a condición de que tales disposiciones sean compatibles con la presente Directiva...".

57.1 de la LO 4/2000, es contraria al derecho de la Unión y debe ser aplicada solo en el sentido de imponer la sanción de expulsión. La emisión de la mencionada sentencia del TJUE, ha determinado que los Tribunales españoles apliquen dicha jurisprudencia en sus decisiones¹⁰¹⁷.

2.3.2 Internamiento por iniciación de un procedimiento sancionador en vía preferente

a) Procedimiento

De manera excepcional, el procedimiento sancionador por estancia irregular puede tramitarse de forma urgente, a través de la denominada vía preferente, en los siguientes casos:

- 1) Participación del extranjero en la comisión de infracciones muy graves relacionadas con la seguridad nacional o mafias de trata de personas (artículos. 54.1, apartados a) y b) de la LO 4/2000 ¹⁰¹⁸);
- 2) Participación de la persona en la comisión de infracciones graves relacionadas con la seguridad y el orden público (53.1, apartados d) y f) de la LO 4/2000¹⁰¹⁹).

¹⁰¹⁷ En cumplimiento de la disposición del TJUE en el año 2015 se han emitido una serie de pronunciamientos judiciales en los cuales se ha aplicado impuesto como sanción la expulsión del país. A modo de ejemplo podemos mencionar: S^a de 07.05.2015, de la Secc. 2^a del T.S.J. de Sevilla; S^a 205/2015, de 08.05.2015, del J.c.a. 12 de Madrid; S^a 117, de 11.05.2015, del J.c.a. 5 de Sevilla; S^a 63/2015, de 12.05.2015, del J.c.a. 5 de Bilbao; 6.- S^a 103/2015, de 13.05.2015, del J.c.a. 1 de Santander; S^a 967/15, de 22.05.2015, de la Secc. 3^a de la Sala de lo Cont. Admvo. del T.S.J. de Castilla y León (sede de Valladolid); S^a 966/15, de 22.05.2015, de la Secc. 3^a de la Sala de lo Cont. Admvo. del T.S.J. de Castilla y León (sede de Valladolid); - S^a de 22.05.2015, de la Secc. 2^a de la Sala de lo Cont. Admvo. del t.s.j. de Andalucía (sede de Sevilla); S^a de 27.05.2015, de la Secc. 4^a de la Sala de lo Cont. Admvo. del t.s.j. de Andalucía (sede de Sevilla), etc, referencias jurisprudenciales extraídas de: ARANZADI, repercusiones de la STJUE de 23 de abril de 2015: *Resoluciones judiciales de juzgados de la C.A. y T.S.J., posteriores al 23/04/2015*, en Revista de Derecho Migratorio y Extranjería, N^o 40, setiembre-diciembre de 2015.

¹⁰¹⁸ *Artículo 54* Infracciones muy graves

“1. Son infracciones muy graves:

- a) Participar en actividades contrarias a la seguridad nacional o que pueden perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.
- b) Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito...”.

- 3) Haber sido condenado por un delito fuera o dentro de España cuya pena sea mayor a un año de privación de libertad (artículo 57.2¹⁰²⁰ de la LO 4/2000), lo cual se seguirá conforme a lo establecido en el artículo 63.1 de la LO 4/2000, y los artículos 234 al 237 del Reglamento de Extranjería.
- 4) Por estancia irregular en el territorio español (artículo 53,1 apartado a) de la LO 4/2000¹⁰²¹) cuando exista riesgo de incomparecencia por los siguientes motivos :
 - Por carecer de domicilio o documentación acreditativa;
 - Cuando la persona extranjera evite o dificulte la expulsión;
 - O cuando la persona represente un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional¹⁰²².

En todos estos casos, la tramitación se realiza por el procedimiento llamado preferente, que consiste en un trámite abreviado que acorta sustancialmente los plazos, en el cual la sanción de expulsión es ejecutable inmediatamente, es decir, no se concede período de salida voluntaria.

Debemos acotar que el procedimiento preferente, viene a significar que la administración deberá anteponer en su quehacer sancionador la tramitación administrativa de estos expedientes, eligiéndolos con preferencia sobre el resto, sin que

¹⁰¹⁹ *Artículo 53* Infracciones graves

1.-Son infracciones graves:

“...d) El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley.

...f) La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana...”.

¹⁰²⁰ *Artículo 57* Expulsión del territorio

“...2. Asimismo, constituirá causa de expulsión, previa tramitación del correspondiente expediente, que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados...”.

¹⁰²¹ *Artículo 53* Infracciones graves

1. Son infracciones graves:

a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente.

¹⁰²² *Artículo 63.1* de la LO 4/2000.

ello deba suponer recorte alguno de las garantías para el administrado. Según el artículo 219.2 del Reglamento de Extranjería, la incoación del procedimiento podrá ser iniciada por los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas Uniprovinciales, los Subdelegados del Gobierno, los Jefes de Oficinas de Extranjería, el Comisario General de Extranjería y Fronteras, el Jefe Superior de Policía, los Comisarios Provinciales y los titulares de las Comisarías locales y puestos fronterizos.

Este procedimiento preferente tiene un carácter abreviado, con una drástica reducción del plazo de alegaciones a cuarenta y ocho horas¹⁰²³ y con la puntualización de que en estos casos, la ejecución de la orden de expulsión se ejecutará de forma inmediata¹⁰²⁴. Estas disposiciones tienen una excepción, la que se configura cuando el expediente se refiera a la infracción prevista en el artículo 53, apartado a) de la Ley de Extranjería (encontrarse irregularmente en territorio español)¹⁰²⁵, si en dicho caso el extranjero acredita haber solicitado con anterioridad permiso de residencia temporal por situación de arraigo, de conformidad con lo establecido en el artículo 31.3 de la LO 4/2000, se suspenderá el procedimiento preferente de expulsión hasta que se resuelva el pedido de residencia, de serle denegada la residencia al extranjero en dicho procedimiento, se dará cuenta de ello al órgano instructor de la expulsión, el cual una vez notificado con la resolución que pone fin al proceso de residencia temporal, continuará con el procedimiento sancionador de expulsión¹⁰²⁶.

Cuando luego de la detención del extranjero y en las investigaciones preliminares se establezca que se encuentra en situación irregular y, por ende, que la sanción a imponer será la expulsión, se dará traslado de la propuesta motivada por escrito al interesado. En la notificación del acuerdo de iniciación, se advertirá al interesado que podrá efectuar alegaciones y probar lo que considere adecuado en el plazo de cuarenta y ocho horas; este acuerdo será considerado como propuesta de resolución, con remisión del expediente a la autoridad competente para resolver¹⁰²⁷.

¹⁰²³ Artículo 63.4 de la LO 4/2000.

¹⁰²⁴ Artículo 63.7 de la LO 4/2000.

¹⁰²⁵ Artículo 63.6 de la LO 4/2000.

¹⁰²⁶ Artículo 63.6 de la LO 4/2000.

¹⁰²⁷ Art. 235.1 del Reglamento de Extranjería.

El plazo máximo para que se emita resolución es de 6 meses desde que se incoa el procedimiento, si transcurren más de 6 meses y no se notifica la resolución, se puede pedir su caducidad y por ende su archivamiento¹⁰²⁸. Este procedimiento a diferencia del ordinario, no otorga al extranjero un plazo para cumplir voluntariamente la orden de expulsión, ordenándose por tanto que el abandono del país debe realizarse de inmediato, caso contrario se procederá a la ejecución forzosa de dicha orden. La resolución de expulsión, puede ser recurrida mediante recurso contencioso administrativo en el plazo de dos meses desde su notificación.

b) Naturaleza jurídica

El procedimiento preferente, como ya hemos acotado, es un procedimiento especial, de naturaleza sumaria que tiene por finalidad determinar la irregularidad administrativa de un extranjero y con ello ordenar su expulsión en el más breve plazo posible. Según NIETO¹⁰²⁹ el procedimiento preferente tiene cuatro rasgos característicos:

- 1) Poderse aplicar a los supuestos más característicos habituales de expulsión del territorio español, como lo son la estancia ilegal, la participación en la realización de actividades contrarias al orden público, etc;
- 2) Extraordinaria limitación del tiempo de audiencia concedido, que como ya hemos explicado es de solo 48 horas;
- 3) Suspensión del expediente cuando conste la existencia de una previa solicitud de residencia temporal por arraigo y;
- 4) Ejecución inmediata de la orden administrativa de expulsión sin otorgamiento de plazo de salida voluntaria.

Nosotros consideramos que la brevedad de plazo del procedimiento preferente, dificulta sobremanera el ejercicio de derecho de defensa, por lo que la tramitación sumarísima del procedimiento preferente puede ser contraria al derecho a un proceso justo con todas las garantías, significando una involución en nuestro ordenamiento

¹⁰²⁸ Art. 225.1 del Reglamento de Extranjería.

¹⁰²⁹ NIETO, M. F, “Procedimiento preferente de expulsión de extranjeros. Derechos de audiencia y tutela cautelar”, *Jueces para la Democracia*, 2001, pág. 23.

jurídico¹⁰³⁰. Al respecto CALVO opina que “el procedimiento preferente presenta notables carencias y deficiencias jurídicas desde el punto de vista de los derechos de audiencia y de tutela cautelar”¹⁰³¹, en el mismo sentido se pronuncia NIETO¹⁰³² afirmando que, es casi imposible pretender una adecuada defensa por parte del extranjero en tan breve plazo.

A pesar de la exigencia de que la resolución de expulsión se notifique al interesado., con indicación de los recursos que contra ella proceden¹⁰³³, parece indudable que la premura en la tramitación merma las posibilidades de defensa¹⁰³⁴, en el mismo sentido BLANES¹⁰³⁵ opina que el procedimiento preferente, dificulta e impide en gran medida el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros, porque limita el plazo de audiencia para alegaciones a 48 horas, restringiendo las posibilidades de un extranjero para aportar pruebas que acrediten el tiempo de permanencia en España, la situación de arraigo, exención de visado, etc.

De igual manera debemos señalar, que el brevísimo plazo otorgado al extranjero contraviene lo establecido en el artículo 6.3, b) del Convenio Europeo de Derechos Humanos que establece: *"Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: ... b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa"*; desde nuestro punto de vista, el contenido literal del mencionado precepto internacional es la mejor argumentación frente a la existencia del procedimiento de expulsión preferente, que consideramos altamente vulneratorio del derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros.

Al respecto, debemos mencionar la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 11 de junio de 2000, Caso *Jabarí contra Turquía*, en el que la

¹⁰³⁰ DORADO NOGUERAS, F. M.; RODRÍGUEZ CANDELA, J. L., *Las infracciones en materia de extranjería...*, cit., pág. 903.

¹⁰³¹ CALVO, R. E., “El procedimiento administrativo sancionador. Especial referencia a las medidas cautelares”, en *Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería- Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. III-2001, CGPJ, Madrid, 2002, pág. 200.

¹⁰³² NIETO M. F., “*Procedimiento preferente de expulsión de extranjeros...*”, cit., pág. 24.

¹⁰³³ Artículo 57.9 de la LO 4/2000.

¹⁰³⁴ CALVO ROJAS, E., *El procedimiento administrativo sancionador...*, cit., pág. 200.

¹⁰³⁵ BLANES RODRÍGUEZ, E., “Reflexiones sobre las sanciones a la estancia ilegal y entrada ilegal de los extranjeros, previstas en la LO 4/2000 y el principio de legalidad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, el derecho de audiencia y tutela judicial cautelar, *"Inmigración y Derecho"*, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2002, pág. 3.

señora Jabarí, de nacionalidad iraní, fue detenida por las fuerzas de seguridad turcas en febrero de 1998 cuando pretendía ingresar al país con un pasaporte falso, las autoridades turcas iniciaron el procedimiento para su expulsión a Irán, ante lo cual la interesada solicitó la concesión de asilo político, alegando la existencia de una orden de detención contra ella en su país de origen, bajo la acusación de haber cometido adulterio, dicha petición de asilo fue denegada por haber sido presentada fuera de plazo. En este caso, el TEDH declaró que Turquía había vulnerado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva, por cuanto no se le dio el tiempo necesario para realizar sus alegaciones; como vemos el Alto Tribunal considera que situaciones en las cuales los plazos son muy breves resultan vulneratorias del derecho a la tutela judicial efectiva.

De igual forma podemos mencionar la Sentencia *Pèlissier y Sassi v. Francia*, de 25 de marzo de 1999 (apdo. 62), en la cual se estableció que, una vez materializada la acusación, se debe garantizar al acusado (en este caso al extranjero que se pretende expulsar) la posibilidad de ejercer su derecho a la defensa de forma efectiva, concreta y, especialmente, dándosele un tiempo adecuado y las facilidades necesarias para lograrlo¹⁰³⁶, asimismo el TEDH sostiene que al evaluar si el procesado tuvo tiempo suficiente para preparar su defensa, deberá tomarse en consideración particularmente, la naturaleza de los procedimientos, la complejidad del caso y el estado del proceso¹⁰³⁷.

Como podemos apreciar, este procedimiento preferente es aplicable respecto de muchas de las infracciones más comunes en las que incurren los extranjeros, por lo que si formalmente se configura como especial, en la práctica podemos advertir que es la forma más habitual de tramitar las expulsiones, por lo tanto queda desvirtuada, en la praxis, la naturaleza formal que el legislador quiso otorgar a dicho procedimiento¹⁰³⁸.

Por otra parte, si analizamos la naturaleza jurídica del procedimiento preferente, podemos plantear que no se ajusta a las normas generales del procedimiento administrativo sancionador ordinario, debido a que la ejecución de la orden de expulsión en estos supuestos se efectuará de forma inmediata; por tanto serán

¹⁰³⁶ ESPARZA LEIBAR, I. y ETXEBERRÍA GURIDI, J., “Derecho a un proceso equitativo”, en *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, cit., pág. 285.

¹⁰³⁷ ESPARZA LEIBAR, I. y ETXEBERRÍA GURIDI, J., “Derecho a un proceso equitativo”, cit., pág. 286.

¹⁰³⁸ NIETO M. F., “Procedimiento preferente de expulsión de extranjeros...”, cit., pág. 26.

inmediatamente ejecutivas, las resoluciones que en el mismo se dicten aunque no pongan fin a la vía administrativa. Ello supone, desde nuestro punto de vista, una contravención a lo que establece el artículo 90.3 de la Ley 39/20015 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común¹⁰³⁹, en el sentido de que las resoluciones sancionadoras sólo son ejecutivas cuando pongan fin a la vía administrativa. En este caso, aplicando supletoriamente otros instrumentos normativos, solo se podría, en la práctica, paralizar las resoluciones cuando se adopte una medida cautelar por parte del Juez de lo contencioso administrativo o, en su defecto, cuando se formalice una petición de asilo, dado que las posibilidades de recurrir la resolución y, que ésta surta efectos suspensivos, es casi inexistente.

Sin embargo, a pesar de las consideraciones antes expuestas, el Tribunal Constitucional no ha advertido conflicto alguno con el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la CE, al considerar que los extranjeros sometidos a este procedimiento disponían de las garantías esenciales del procedimiento administrativo, como el derecho de audiencia y el derecho a una resolución motivada, además del control judicial de la decisión que garantiza la misma Ley.

La STC 236/2007, señala a este respecto que: *"... La regulación de este procedimiento no puede reputarse contraria al artículo 24 de la CE. Ciertamente se trata de un procedimiento administrativo sancionador, ya que en estos casos la expulsión es "consecuencia de una conducta tipificada como infracción administrativa" (STC 116/1993, de 29 de marzo), y por consiguiente le son aplicables los principios esenciales reflejados en el artículo 24 CE "en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentren en la base del precepto y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9 CE" (desde la STC 18/1981, de 8 de junio, entre ellos el que proscribiera cualquier indefensión [SSTC 7/1998, de 13 de enero; 14/1999, de 22 de febrero]. Ahora bien, la pretendida indefensión que generaría el precepto no es tal, pues hemos dicho reiteradamente que la brevedad de los plazos no implica per se la*

¹⁰³⁹ Artículo 90.3 : Especialidades de la resolución en los procedimientos sancionadores

3. La resolución que ponga fin al procedimiento será ejecutiva cuando no quepa contra ella ningún recurso ordinario en vía administrativa, pudiendo adoptarse en la misma las disposiciones cautelares precisas para garantizar su eficacia en tanto no sea ejecutiva y que podrán consistir en el mantenimiento de las medidas provisionales que en su caso se hubieran adoptado.

vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva si con ello se tiende a hacer efectivo el principio de celeridad en el proceso, ya que es constitucionalmente inobjetable que el legislador prevea tal reducción en los plazos cuando dicha decisión responde a una finalidad razonable y necesaria, acorde con los principios que han de regir el procedimiento correspondiente (SSTC 14/1992, de 10 de febrero; 335/1994, de 19 de diciembre; 130/1998, de 16 de junio; 85/2003, de 8 de mayo). Tal es el caso de los supuestos previstos en el artículo 63.1 de la Ley Orgánica 4/2000, como ha quedado argumentado, con la consecuencia de que el plazo establecido en el artículo 63.2 no pueda reputarse contrario al artículo 24 de la CE...”.

Cabe aclarar que este tipo de procedimiento, desde su incoación, a diferencia del ordinario, trae aparejada la posibilidad de imponer una medida de internamiento en un CIE y del mismo modo que en las demás situaciones de internamiento, el instructor solicitará al Juez de instrucción competente la autorización judicial de ingreso en un Centro de Internamiento para Extranjeros, si considera que el extranjero está incurso en alguna de las causales para ello¹⁰⁴⁰, caso contrario proseguirá el procedimiento preferente con la persona en libertad.

Nos encontramos así, frente al típico caso de uso del internamiento como herramienta cautelar, es decir, aquella medida que tiene por finalidad intrínseca el asegurar que pueda en un futuro inmediato materializarse la expulsión que es la sanción aplicable en dichos casos. Sin embargo, no podemos dejar de señalar que en este caso la medida de internamiento está íntimamente ligada a la concreción de dicha expulsión, pero queremos hacer hincapié en la naturaleza puramente cautelar de ella, pues nos encontramos ante el supuesto en el cual aún no se ha resuelto el procedimiento sancionador, no existiendo aún formalmente una sanción impuesta, sino sólo una proyección de la misma. Sin embargo, a pesar de ello, la ley permite que el instructor pueda solicitar judicialmente la privación de libertad del inmigrante, mientras se resuelve el procedimiento sancionador, con el fin de asegurar que la expulsión se materialice.

¹⁰⁴⁰Por carecer de domicilio o documentación acreditativa; cuando la persona extranjera evite o dificulte la expulsión; O cuando la persona represente un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

El tiempo de duración de la medida de internamiento, será el indispensable para materializar la expulsión del país, debiendo ser como máximo de 60 días, si transcurrido dicho plazo no se hubiese culminado el procedimiento sancionador, o no se hubiere podido ejecutar la sanción de expulsión, la persona deberá ser puesta en libertad.

De todo lo expuesto hasta el momento surge una interrogante: *¿Hasta qué punto es permisible, atendiendo al principio de proporcionalidad, la imposición de una medida cautelar privativa de libertad tendiente a asegurar una futura e incierta decisión de expulsión?*

La respuesta que podemos esbozar es que no debería concebirse la imposición de una medida cautelar tan gravosa como es la privación de libertad, cuando sólo se ha iniciado un procedimiento administrativo sancionador, es decir, cuando no se tiene siquiera la resolución que determine la expulsión, dado que aún no se ha verificado que la persona haya incurrido en la falta administrativa que se le imputa; asimismo como ya hemos mencionado, la orden de expulsión será ejecutada de inmediato sin otorgar al extranjero un plazo de salida voluntaria, lo cual impide recurrir a los Juzgados y Tribunales a fin de paralizar la medida, según NIETO¹⁰⁴¹ esto vulnera el principio de la tutela cautelar que el Tribunal Constitucional¹⁰⁴² ha puesto de manifiesto como parte intrínseca del derecho a la tutela judicial efectiva. En efecto, la falta de plazo para la salida voluntaria pone, desde nuestro punto de vista, a la persona en una situación extrema de indefensión, que resulta en muchos casos inhumana, puesto que ya de por sí el procedimiento preferente es sumario¹⁰⁴³ y en dicho plazo el extranjero debe realizar todas las acciones tendientes a defenderse, pero a la vez, prever que puede ser expulsado de España. No olvidemos que se trata de personas que en la mayoría de los casos poseen un arraigo social, por lo tanto tienen familia y entorno que deben abandonar en un breve plazo.

¹⁰⁴¹ NIETO M. F., “Procedimiento preferente de expulsión de extranjeros...”, cit., pág 25.

¹⁰⁴² SSTC 14/1992 de 14 de febrero y 148/1993, de 29 de abril.

¹⁰⁴³ NIETO M. F., “Procedimiento preferente de expulsión de extranjeros...”, cit., pág 25.

2.3.3 El internamiento como ejecución de la sanción de expulsión derivada de un procedimiento ordinario

Como vimos anteriormente, existen dos procedimientos de expulsión, el primero de ellos denominado preferente, cuyas características hemos desarrollado, y el procedimiento ordinario que veremos someramente a continuación. Cabe aclarar que en el primero de ellos, sí se cumplen las circunstancias antes descritas, el extranjero puede ser ingresado en un CIE sin necesidad de esperar la resolución del procedimiento. Por su parte en el procedimiento ordinario, solo podrá disponerse el internamiento a partir de la finalización del procedimiento, siempre y cuando se decida la expulsión de la persona.

El procedimiento ordinario de expulsión se encuentra contemplado en el artículo 63 bis de la LO 4/2000, en el cual se establece que todos los demás supuestos de expulsión no contemplados para el procedimiento preferente, serán tramitados por el procedimiento ordinario, lo que lo convierte en un “cajón de sastre”, en el cual se enmarcan todos aquellos supuestos que no pueden ser tramitados en el procedimiento preferente.

Resumiendo, actualmente se tramitan por el procedimiento ordinario las infracciones muy graves contempladas en el art. 54 de la LO 4/2000 (salvo las de los apartados. 1a) y 1b)) o de las infracciones graves previstas en los apartados. a), b), c), del art. 53.1 de la Ley Orgánica LO 4/2000. Por otro lado, como hemos visto, la comisión de la frecuentísima infracción contemplada en el art. 53.1 a) (encontrarse en situación irregular), podrá dar lugar a la tramitación mediante procedimiento ordinario, si en el caso concreto no concurre alguna de las circunstancias antes descritas para el procedimiento preferente¹⁰⁴⁴.

El procedimiento ordinario coincide en estructura con el habitual régimen procedimental de los arts. 70 al 88 de la LO 39/2015, de esa forma la LO 4/2000 establece en su art. 50, que el ejercicio de la potestad sancionadora contemplada en ella

¹⁰⁴⁴ Por carecer de domicilio o documentación acreditativa; cuando la persona extranjera evite o dificulte la expulsión; O cuando la persona represente un riesgo para el orden público, la seguridad pública o la seguridad nacional.

se rige por la propia ley, las disposiciones de desarrollo y por lo dispuesto en la Ley y del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

La incoación del procedimiento ordinario sancionador, podrá ser aprobada por el Delegado de Gobierno en la CCAA uniprovinciales o Subdelegado de Gobierno, en el momento de la incoación se otorga un plazo de 15 días al extranjero para realizar las alegaciones que estime convenientes; la duración máxima del procedimiento será de 6 meses, luego del cual, si no se ha emitido resolución, caducará pudiendo archivarse el expediente si lo invoca la persona procesada.

A diferencia del procedimiento preferente, en el cual se podría instar una medida cautelar de internamiento mientras se tramita el expediente de expulsión, el procedimiento ordinario no contempla esta posibilidad, encontrándose en todo momento la persona en libertad hasta el momento de la resolución final del procedimiento. Si la decisión final es la expulsión del extranjero, la resolución otorgará a la persona un plazo de salida voluntaria que puede variar entre 7 y 30 días desde la fecha de notificación de la sanción; esta resolución final puede ser impugnada en el plazo de dos meses desde su notificación al interesado, mediante el recurso contencioso administrativo, ante el Juzgado de lo Social.

Según lo dispuesto en el artículo 64.1 de la LO 4/2000 y 246.3 de su Reglamento, una vez transcurrido el plazo otorgado por el instructor del procedimiento administrativo sancionador para abandonar el país sin que la persona lo haya cumplido, la policía podrá detener a dicha persona y conducirla hacia el puesto fronterizo de salida del país, a fin de ejecutar su expulsión, con la salvedad de que si dicha expulsión no es viable en el plazo de 72 horas (plazo máximo de detención), podrá ser internado en un CIE, en tanto puedan realizarse las gestiones respectivas para ejecutar su salida forzosa del país.

Como es de verse, nos encontramos ante la posibilidad que contempla la Ley de Extranjería de disponer el internamiento de un extranjero, en el caso de que se le haya impuesto como sanción la expulsión del territorio español, previo procedimiento ordinario, esta orden de internamiento constituye una medida cautelar destinada a asegurar el cumplimiento de la orden de expulsión. A diferencia del anterior supuesto

analizado, nos encontramos ante el hecho de que se realiza en un momento posterior a la culminación del procedimiento administrativo sancionador y no durante su tramitación.

Como podemos apreciar, el principal hecho generador en los dos supuestos analizados, es la comisión por parte del extranjero de alguna infracción administrativa (grave o muy grave), susceptible de ser castigada con la sanción de expulsión, siendo las más frecuentes:

- Hallarse irregularmente en territorio español por no haber obtenido la prórroga de estancia;
- Carecer de autorización de residencia o;
- Tener caducada, por un periodo de más de tres meses, dicha autorización.

Como hemos visto, la normativa vigente faculta a que se ordene el internamiento del extranjero en un CIE, como medida cautelar derivada de un procedimiento sancionador; puede adoptarse ex ante, la resolución del procedimiento sancionador, en el caso del procedimiento preferente y ex post, de la resolución del procedimiento sancionador, en el caso del procedimiento ordinario.

2.4. Situación excepcional, ingreso en los CIE por la comisión de un hecho delictivo

Hemos querido recoger en el presente apartado la situación excepcional de ingreso en un CIE, motivada por el enjuiciamiento y/o la imposición de una condena privativa de la libertad, por la comisión de una acción tipificada como delito en el Código Penal español.

Para iniciar nuestro análisis, debemos señalar que la antigua Ley de Extranjería LO 7/1985, contemplaba la posibilidad de sustituir una pena privativa de libertad por la expulsión del territorio español. En la actual normativa de extranjería, dicha figura se contempla en el Título III de la LO 4/2000, dedicado a infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador, así como de manera más detallada en el Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley

Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

El artículo 57 de la LO 4/2000, precisa en su párrafo segundo que también conllevará la sanción de expulsión el hecho de que el extranjero haya sido condenado dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya delito en España y que dicho delito sea sancionable con pena privativa de la libertad mayor de un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

De igual forma, según el apartado séptimo de dicho artículo¹⁰⁴⁵, es posible la sustitución por la expulsión, cuando aun no habiendo condena, el extranjero es imputado por la comisión de un delito que contemple la imposición de una pena privativa de libertad menor a seis años o pena de distinta naturaleza, pudiendo aplicarse la expulsión a los casos en los cuales sobre el extranjero pendieran varias penas y la suma de éstas superara los seis años.

Al respecto, existe jurisprudencia del Tribunal Supremo que establece que el criterio a tomar en cuenta para la aplicación de la expulsión, no es la sumatoria de las potenciales sanciones a las que pudiera ser condenado el extranjero, sino que todas ellas de manera independiente tengan una condena menor de seis años¹⁰⁴⁶.

¹⁰⁴⁵ *Artículo 57 Expulsión del territorio*

“... 7.

a) Cuando el extranjero se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial por delito o falta para el que la Ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y conste este hecho acreditado en el expediente administrativo de expulsión, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la autorizará salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación...”En el caso de que el extranjero se encuentre sujeto a varios procesos penales tramitados en diversos juzgados, y consten estos hechos acreditados en el expediente administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa instará de todos ellos la autorización a que se refiere el párrafo anterior.

b) No obstante lo señalado en el párrafo a) anterior, el juez podrá autorizar, a instancias del interesado y previa audiencia del Ministerio Fiscal, la salida del extranjero del territorio español en la forma que determina la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

c) No serán de aplicación las previsiones contenidas en los párrafos anteriores cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis del Código Penal.

8. Cuando los extranjeros, residentes o no, hayan sido condenados por conductas tipificadas como delitos en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis del Código Penal, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad...”.

¹⁰⁴⁶ Sentencia del Tribunal Supremo Núm. 521/2010 de 26 de mayo donde en su fundamento Segundo establece: “Nada impide aplicar la expulsión sustitutoria aunque la suma de las penas supere los seis años de privación de libertad dado que el citado precepto a diferencia del Art. 81.2, relativo la suspensión, no especifica si se refiere a la suma o conjunto de penas impuestas en la misma sentencia, o a cada una de ellas individualmente consideradas, inclinándose la doctrina más autorizada porque lo definitivo es la

Por otro lado, el hecho de que se contemple que la expulsión pueda darse cuando la imposición de las penas sean distintas a las de cárcel (dado que establece penas de distinta naturaleza)¹⁰⁴⁷, trae como consecuencia que la sustitución por expulsión también pueda ser aplicada en juicios por faltas¹⁰⁴⁸ y/o en causas seguidas por delitos que no tengan aparejada la pena privativa de libertad. En relación a ello, la Fiscalía General del Estado contempla en su Circular N° 2/2006, que ante estos supuestos, la opción por la denegación de la autorización y la consiguiente tramitación de la causa penal, se configura como excepción, al primarse expresamente la expulsión¹⁰⁴⁹.

Como es de verse, surge ahí un punto controvertido por cuanto se estaría sancionando con la expulsión a una persona que aún no ha sido condenada, vulnerándose el principio de “presunción de inocencia” del extranjero. Cabe señalar también, que con la finalidad de atenuar este criterio, la citada Circular establece en otro apartado la posibilidad de que si la declaración del extranjero constituye prueba de descargo, debe prevalecer el derecho a utilizar todos los medios de prueba sobre la preconstitución probatoria, vale decir que aconseja a los Fiscales que en los casos donde se advierta una verosimilitud manifiesta de la versión del extranjero, negando las imputaciones, debería evaluarse dichas aseveraciones antes de pronunciarse a favor de la expulsión. Dispositivo que a nuestro entender resulta poco claro y muy subjetivo, dado que deja al criterio de los Fiscales, y no a supuestos concretos, la no aplicación de la medida sustitutoria de expulsión.

Según FERNÁNDEZ¹⁰⁵⁰, ésta medida tiene gran impacto sobre los inmigrantes irregulares, dado que las posibilidades de subsistencia de muchos de ellos se reducen a trabajar en la economía sumergida y/o recurrir a la pequeña delincuencia patrimonial, cuya condena habitualmente va a rebasar la pena indicada.

pena impuesta por cada delito, por cuanto el tenor literal del precepto al usar el plural (“las penas privativas de libertad inferiores a seis años...”) aboga por este criterio (STS 1400/2005, SSTS 901/2004, 1231/2006, 792/2008)”.

¹⁰⁴⁷ Artículo 57.7 acápite a).

¹⁰⁴⁸ RODRÍGUEZ, J. L., “Las expulsiones con intervención judicial en la Ley de Extranjería”, *Cuadernos Jurídicos*, núm.28, pág.9.

¹⁰⁴⁹ Páginas 63 y 100 de la Circular.

¹⁰⁵⁰ FERNÁNDEZ, J. G., “La Criminalidad de los Inmigrantes. Aproximación Criminológica y Conciencia Social frente al fenómeno”, *Revista Gallega de Seguridad Pública*, núm. 8, 2006, pág. 151.

Debemos señalar que por su parte en el Código Penal¹⁰⁵¹, también se aborda el tema de la sustitución de todo o parte de las penas privativas de libertad por la expulsión del territorio a los extranjeros, sin hacer alusión alguna a su condición administrativa. Así podemos apreciar que en su Artículo 89.1, establece la posibilidad de sustituir por la expulsión todo o parte de una pena privativa de la libertad, cuando ésta sea mayor de un año. De igual forma, el Artículo 89.2 contempla la posibilidad de sustituir una parte de las penas privativas de la libertad superiores a cinco años, luego de cumplirse en España la parte de la pena que los Tribunales estimen conveniente, o en su defecto, podrá darse dicha sustitución cuando el penado hubiera accedido al tercer grado penitenciario o a la libertad condicional. Asimismo, en su artículo 89.5 se establece, que en caso de proceder a realizarse la sustitución de la pena, se aplicará también un periodo de prohibición de entrada que va desde los 5 hasta los 10 años.

Si bien es cierto, el Código Penal no hace distinción entre extranjeros regulares e irregulares, debemos señalar que hasta hace muy poco, en el caso de los extranjeros irregulares, la aplicación de la medida sustitutoria de expulsión por prisión efectiva era la generalidad y sólo en casos excepcionales se optaba por el cumplimiento efectivo de la pena en España; así se establece en el Primer Fundamento de la Exposición de Motivos de la LO 11/2003 de 29 de setiembre, de reforma del Código Penal, al enfatizarse la obligación de los órganos competentes de aplicar la sustitución por la expulsión.

Cabe señalar que el artículo 89 del Código Penal es de reciente modificación, dado que anteriormente se contemplaba la expulsión del extranjero “irregular” sin

¹⁰⁵¹ Artículo 89

1. Las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero serán sustituidas por su expulsión del territorio español. Excepcionalmente, cuando resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito, el juez o tribunal podrá acordar la ejecución de una parte de la pena que no podrá ser superior a dos tercios de su extensión, y la sustitución del resto por la expulsión del penado del territorio español. En todo caso, se sustituirá el resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español cuando aquél acceda al tercer grado o le sea concedida la libertad condicional.
2. Cuando hubiera sido impuesta una pena de más de cinco años de prisión, o varias penas que excedieran de esa duración, el juez o tribunal acordará la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito. En estos casos, se sustituirá la ejecución del resto de la pena por la expulsión del penado del territorio español, cuando el penado cumpla la parte de la pena que se hubiera determinado, acceda al tercer grado o se le conceda la libertad condicional.

importar la pena a la que hubiera sido sometido, lo cual recibió duras críticas de la doctrina. En ese sentido TERRADILLOS¹⁰⁵², opinaba que la medida de expulsión más que una medida sustitutiva de la pena, va a constituir una sanción adicional a la privativa de libertad, dado que cuando el reo accede al tercer grado penitenciario puede alcanzar la libertad condicional; por lo tanto, llegado a este punto, la expulsión del país resulta muy gravosa para el extranjero, si tomamos en consideración que aquello que le correspondería normalmente (si fuera ciudadano español o extranjero residente legalmente), sería acceder a la libertad condicional dentro del territorio español.

En ese mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo¹⁰⁵³, afirmando que al aplicarse la expulsión se está añadiendo una sanción adicional al extranjero, lo cual resulta excesivo; además, el hecho de ser sancionado con una pena privativa de libertad, cumplirla en su mayor parte y, adicionalmente, aplicársele la medida de expulsión, constituye un exceso y una vulneración del principio de igualdad del sistema punitivo español, dado que se trata de hechos delictivos idénticos, que producen diferentes consecuencias jurídicas, dependiendo las mismas de que el condenado sea español o extranjero y de que éste resida legalmente o no en España.

Como ya se ha mencionado, se ha modificado el contenido del artículo 89 del Código Penal, modificación que entró en vigor a partir del 1 de julio de 2015, y como complemento a las modificaciones realizadas y al parecer, como un “blindaje jurídico tácito” para los extranjeros residentes se ha previsto que:

*“No procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada”*¹⁰⁵⁴.

Sostenemos esta premisa dado que para un extranjero residente, es mucho más sencillo demostrar arraigo; en la práctica para un extranjero en situación irregular suele ser muy gravoso y dificultoso poder probar el arraigo en España, más aún si ha cometido un delito, dado que entre otras dificultades registra antecedentes penales. De

¹⁰⁵² TERRADILLOS, J. M., “Inmigración, mafias y Sistema Penal. La estructura y la Pátina”, en RUIZ, L.R., *Sistema Penal y Exclusión de Extranjeros*, Bosch, Madrid, 2006, pág. 56.

¹⁰⁵³ STS 901/2004, de 8 de julio, F. J. 2.

¹⁰⁵⁴ Artículo 89.4 del Código Penal.

igual forma, debemos señalar también que al parecer con un ánimo igualitario, en el contenido de dicho artículo se ha eliminado toda referencia y distinción a los extranjeros en situación irregular, siendo aplicable el mencionado precepto a todos los extranjeros sin distinción, cabiendo la posibilidad de que un extranjero residente que no acredite suficiente arraigo, y cuya expulsión no sea desproporcionada, pueda ser expulsado del país.

Por otro lado resulta conveniente señalar que en este ámbito, la expulsión de un ciudadano de la Unión Europea que haya cometido un delito, solamente procederá cuando represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública¹⁰⁵⁵, especificándose en la norma que, si el ciudadano comunitario hubiera residido en España por más de 10 años, sólo le será aplicable la expulsión si ha cometido delitos contra la libertad, seguridad, integridad física o sexual, terrorismo, etc. y se le hubiera impuesto una pena mayor a 5 años. Dicho precepto se ha emitido en cumplimiento del artículo 33 de la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, que establece que el Estado de acogida sólo podrá emitir una orden de expulsión de un ciudadano comunitario por razones de seguridad pública, orden público y salud pública, y que para ello debe evaluar concienzudamente factores como la duración de la residencia del ciudadano comunitario, su edad, su estado de salud, su situación económica y familiar, etc.

De igual forma la Fiscalía General del Estado, en su Circular 2/2006, reconoció que la aplicación de la medida de expulsión tenía un carácter más imperativo que facultativo¹⁰⁵⁶, en el mismo sentido la jurisprudencia del Tribunal Supremo manifiesta la naturaleza excepcional de la no aplicación de la medida sustitutiva, manifestando que la regla la constituye la expulsión y la excepción el cumplimiento efectivo de la pena por parte del extranjero¹⁰⁵⁷. Debemos acotar que al parecer la reforma introducida en el Código Penal mediante LO 1/2015¹⁰⁵⁸, tiende a atenuar esta práctica generalizadora de

¹⁰⁵⁵ Artículo 89.4 segundo párrafo del Código Penal.

¹⁰⁵⁶ Página 5 de la Circular que señala: “El art. 89 reformado, manteniendo el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación, no diseña la expulsión sustitutiva como una facultad del Tribunal sino que la establece con carácter cuasi imperativo”.

¹⁰⁵⁷ STS 901/2004, de 8 de julio que recoge en su Fundamento Jurídico Primero que el Art. 89 es : “ una conminación legal dirigida al juzgador” y que sólo excepcionalmente se admite el cumplimiento de la pena en un centro penitenciario”.

¹⁰⁵⁸ En ese sentido la Exposición de Motivos de la LO 1/2015, de reforma del Código Penal, establece en su considerando IV, octavo párrafo que “...la reforma combina la búsqueda de la eficacia con un

la imposición de la sustitución por la expulsión, veremos en el transcurso del tiempo cómo se aplica dicha reforma.

Pasando a analizar la naturaleza de la medida sustitutoria de la prisión efectiva por expulsión, debemos señalar coincidiendo con SALVADOR¹⁰⁵⁹ que debe primar en la aplicación de las penas en España el principio de igualdad, vale decir que debe evitarse el trato desigual al momento de materializar o no la ejecución de una sanción penal. Como sostiene la autora, dependiendo del caso, la sustitución de la pena puede constituir un beneficio o un castigo aún mayor, todo ello en función de la coyuntura política y social del país de origen y de la propia situación personal del extranjero. Para aquellos extranjeros que provienen de países poco empobrecidos, y cuya motivación migratoria fue sólo la de mejorar, la sustitución de la pena implicará una pérdida del efecto disuasorio de la pena y por otro lado, para aquellos que provienen de países en situación de extrema pobreza y/o guerras civiles permanentes, en los cuales la migración hacia España se ha realizado por necesidad; “*el carácter preventivo de la medida sustitutoria está garantizado*”¹⁰⁶⁰. Ante todo ello, como bien sostiene SALVADOR, resultaba necesario uniformizar la normativa penal tanto para los españoles como para los extranjeros, a fin de evitar este trato “desigual” en la aplicación de las sanciones penales, sin perjuicio de la posible aplicación del artículo 5 y siguientes del Convenio sobre Traslado de Personas Condenadas de Estrasburgo, que permite a los ciudadanos extranjeros ser trasladados a su país de origen a fin de cumplir allí las penas privativas de libertad que les hayan sido impuestas.

Por su parte el mismo artículo 89 del Código Penal, en su apartado 8¹⁰⁶¹, contempla la posibilidad de ingresar al extranjero que se encuentre dentro de los

escrupuloso respeto de los derechos individuales: se ajusta el límite de pena a partir del cual podrá acordarse la expulsión a la regulación contenida en la legislación de extranjería; los jueces y tribunales deberán establecer, en todo caso, qué parte de la pena impuesta debe ser cumplida efectivamente en prisión, cuando se hayan impuesto penas de más de tres años; y la sustitución se condiciona, en todos los casos, a la proporcionalidad de la medida...”.

¹⁰⁵⁹SALVADOR, R., “La expulsión del extranjero como castigo penal”, *Revista Internacional de Estudios Migratorios*, vol. 2, 2012, pág. 110.

¹⁰⁶⁰ SALVADOR, R. “La expulsión del extranjero como castigo penal”, cit., pág. 111.

¹⁰⁶¹ Artículo 89.-

8. Cuando, al acordarse la expulsión en cualquiera de los supuestos previstos en este artículo, el extranjero no se encuentre o no quede efectivamente privado de libertad en ejecución de la pena impuesta, el Juez o Tribunal podrá acordar, con el fin de asegurar la expulsión, su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros, en los términos y con los límites y garantías previstos en la Ley para la expulsión gubernativa.

alcances del artículo 89.1 y 89.2, en un Centro de Internamiento de Extranjeros, si dado el caso dicha persona no se encuentre cumpliendo de manera efectiva la pena privativa de libertad; dicha medida se ha previsto con la finalidad de asegurar la ejecución de la medida de expulsión. Como puede apreciarse, el presente supuesto no se deriva de la sustanciación de un procedimiento administrativo, ni de la ejecución de una devolución o retorno, sino de la medida complementaria para la materialización de la expulsión de un extranjero que ha cometido un delito en España y ha sido sancionado por ello; la que nos hace deducir que, a pesar de la modificatoria antes acotada, la tendencia a sustituir las penas privativas de libertad por expulsión a los extranjeros, tiene una presencia manifiesta en la legislación española.

2.5 Situación creada por la modificación del Reglamento de Extranjería sobre las condiciones para los familiares de residentes comunitarios

A continuación haremos una breve referencia a una situación relativamente nueva que, desde nuestro punto de vista, podría traer como consecuencia el ingreso en un CIE, que es aquella situación derivada de la denegación o revocatoria de la tarjeta de residente a un familiar de un ciudadano español o comunitario, que ostente nacionalidad extracomunitaria.

2.5.1 Régimen Comunitario

Mediante Directiva 2004/38/CE, de 29 de abril de 2004, del Parlamento y del Consejo Europeo, se establece, entre otras cosas, el derecho de libre circulación y residencia de los ciudadanos nacionales miembros de la UE, así como de sus familiares. En atención a dicha norma comunitaria, el Parlamento español transpuso dicha norma dictando el Real Decreto 240/2007, *sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo*, en la que se reglamenta la forma en la que los ciudadanos comunitarios y sus familiares pueden acceder al derecho de residencia en España, si planean realizar actividades que impliquen una permanencia en territorio español por más de tres meses.

Como hemos reseñado, la norma está orientada para los ciudadanos comunitarios y sus familiares que los acompañen o se reúnan con ellos, así sean éstos de nacionalidad extracomunitaria, estas personas formarían parte del grupo de “destinatarios del derecho comunitario”¹⁰⁶², los mismos que por su condición pasarían a integrar la “categoría” de extranjeros en régimen comunitario. Como hemos visto, los extranjeros no comunitarios, se rigen por lo establecido en la LO 4/2000 denominado régimen general, sin embargo en el caso de ser familiares de un ciudadano comunitario se les aplica el régimen del RD 240/2007, esta posibilidad viene derivada del hecho de que los ciudadanos de la UE de quienes son familiares directos estas personas, son titulares del derecho a circular y residir libremente en el territorio de cualquier Estado Miembro¹⁰⁶³.

Pasando a analizar los familiares que tendrían derecho de residencia dentro del denominado Régimen Comunitario, debemos señalar que el artículo 2 del Real Decreto 240/2007 de 16 de febrero, modificado por la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 01 de junio de 2010¹⁰⁶⁴ establece que tienen derecho a la residencia:

- a) El o la cónyuge, siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio. Al respecto debemos aclarar que no es admisible el hecho de que un Estado miembro exija que el cónyuge haya tenido que residir previamente en dicho Estado para poder acceder al beneficio, dado que dicha medida podría disuadir a la familia de continuar residiendo en dicho Estado¹⁰⁶⁵.
- b) La pareja de hecho, con la que mantenga una unión análoga a la conyugal inscrita en un registro público establecido a esos efectos en un Estado miembro de la Unión Europea o en un Estado parte en el Espacio Económico Europeo, y siempre que no se haya cancelado dicha inscripción, lo que deberá ser suficientemente acreditado. En este orden de ideas una mención especial

¹⁰⁶² ARRESE IRIONDO, M^a. N., *La Ciudadanía de la Unión Europea y la libertad de circulación de los familiares extranjeros*, Lete, Bilbao, 2012, pág. 24.

¹⁰⁶³ ARRESE IRIONDO, M^a. N., *La Ciudadanía de la Unión Europea...*, cit., pág. 52.

¹⁰⁶⁴ Sentencia TS (Sala 3^a, Sección 5. ^a) de 1 de junio de 2010.

¹⁰⁶⁵ STJUE, de 25 de julio de 2008, Asunto C-127/08, *Blaise Baheten Metock y otros c. Minister for Justice, Equality and Alw Reform*. ARRESE IRIONDO, M^a. N., *La Ciudadanía de la Unión Europea...*, 2012, pág. 72.

requiere el caso de la pareja de hecho extracomunitaria de un ciudadano español. Desde la emisión de la mencionada Sentencia del Tribunal Supremo de 01 de junio de 2010¹⁰⁶⁶, las parejas de hecho registradas en España se han equiparado a los matrimonios a los efectos de solicitar la autorización de residencia como familiar de ciudadano comunitario. Este hecho significa que el derecho se extiende tanto a las parejas heterosexuales como a las homosexuales, a fin de garantizar el principio de no discriminación por la orientación sexual¹⁰⁶⁷. El origen legal del derecho del extranjero que es pareja de hecho registrada de un ciudadano español se encuentra en el artículo 8º del Real Decreto 240/2007.

Cabe indicar que en principio este derecho sólo era aplicable a los ciudadanos extranjeros de terceros países no pertenecientes a la Unión Europea, que hubieran constituido parejas de hecho con ciudadanos comunitarios cuyas uniones estuvieran inscritas en un registro público estatal de algún Estado miembro de la UE, que garantizara la no duplicidad de registros, como es el caso de los registros públicos existentes en Alemania, Francia o el Reino Unido, entre otros. En el caso de haber constituido la pareja de hecho en España, el derecho a la residencia no era viable dado que los Registros de las Comunidades Autónomas no garantizan la no duplicidad de inscripciones en el Estado Español, como lo exigía la norma. Como es de verse, no se reconocía el derecho de residencia a los ciudadanos extranjeros de terceros países no pertenecientes a la UE que hubieran constituido pareja de hecho en un Registro de Parejas de Hecho del Estado Español, sea con un ciudadano español o con un ciudadano de cualquier otro país de la Unión Europea. Sin embargo debido a la dación de la Sentencia del Tribunal Supremo del 01 de junio de 2010¹⁰⁶⁸, es aplicable también dicho derecho a las parejas de hecho de los ciudadanos españoles y comunitarios registradas en España.

¹⁰⁶⁶Dicha sentencia declaró nula la expresión «otro Estado miembro» del párrafo 1.º del artículo 2 del Real Decreto 240/2007, con lo cual se incluye a la pareja registrada del ciudadano español dentro de los alcances de dicha norma.

¹⁰⁶⁷STJUE de 30 de abril de 1997, asunto *P.c.S. y Cornwall County Council*, C-13/1994. ARRESE IRIONDO, Mª. N., *La Ciudadanía de la Unión Europea...*, cit., pág. 78.

¹⁰⁶⁸En dicha sentencia también se anuló la expresión: «que impida la posibilidad de dos registros simultáneos en dicho Estado» de la letra b) del artículo 2 del Real Decreto 240/2007, hecho que posibilita que la inscripción efectuada de una pareja de hecho ante un registro español, sea válida para efectos de dicho artículo.

- c) Los descendientes directos, y los de su cónyuge o pareja registrada siempre que no haya recaído el acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio, o se haya cancelado la inscripción registral de pareja. Dichos descendientes para acceder al beneficio deberán ser menores de veintiún años, o si son mayores de dicha edad deben vivir a cargo del ciudadano español o comunitario, o en su defecto ser incapaces. Adicionalmente a ello, debemos señalar que los descendientes adoptados poseen los mismos derechos que los descendientes biológicos¹⁰⁶⁹, a pesar de que ello no se mencione expresamente en la normativa.
- d) Los ascendientes directos, y los de su cónyuge o pareja registrada que vivan a su cargo, siempre que no haya recaído acuerdo o la declaración de nulidad del vínculo matrimonial o divorcio o se haya cancelado la inscripción registral de pareja de hecho, siempre y cuando estas personas estén a cargo del ciudadano español o comunitario o de su cónyuge o pareja registrada, para lo cual debe demostrarse dicha dependencia económica en el Estado de procedencia. El mero compromiso del español o europeo y/o el de su cónyuge o pareja de hecho de asumir a su cargo a los ascendientes no demuestra la dependencia¹⁰⁷⁰.

Debemos aclarar que el Real Decreto 240/2007, establece que los extranjeros comunitarios que pretendan residir en España por un periodo mayor a tres meses, deben inscribirse en el Registro Central de Extranjeros, a fin de que se les otorgue un Certificado de Registro de Ciudadano de la Unión Europea. Al respecto, la normativa española no precisa el tiempo de duración del Certificado, pero tomando en consideración que transcurridos 5 años desde la emisión del primer Certificado se obtiene el derecho a la residencia permanente, se deduce que el Certificado tendrá como vigencia máxima el plazo de 5 años¹⁰⁷¹; los familiares comunitarios de dicha persona que se reúnan con él, deberán realizar el mismo trámite. Situación diferente se da en el caso de los familiares extracomunitarios del ciudadano europeo, los cuales deberán tramitar una tarjeta de residencia en calidad de familiar de un ciudadano comunitario,

¹⁰⁶⁹ ARRESE IRIONDO, M^a. N., *La Ciudadanía de la Unión Europea...*, cit., pág. 88.

¹⁰⁷⁰ STJUE de 9 enero de 2007, Asunto, *Yungying Jia c. Migrationsverket*, C-1/05. ARRESE IRIONDO, M^a. N., *La Ciudadanía de la Unión Europea...*, cit., pág. 52.

¹⁰⁷¹ ARRESE IRIONDO, M^a. N., *La Ciudadanía de la Unión Europea...*, cit., pág.68.

cuyos requisitos para la obtención de autorización de residencia en el régimen comunitario serán explicados a continuación.

2.5.2 Requisitos para obtener el permiso de residencia en régimen comunitario

El RD 240 /2007 inicialmente establecía el derecho de cualquier ciudadano europeo, así como el de sus familiares (sean éstos ciudadanos comunitarios o extracomunitarios) a obtener el derecho a la residencia en el Estado español sin mayores requisitos que una mera solicitud administrativa, sin embargo con la modificación del artículo 7º del RD 240/2007, por parte de la Disposición Final Quinta del Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril; la situación cambia notablemente puesto que se establece que todo ciudadano europeo tiene derecho de residencia en el territorio del Estado Español por un periodo superior a tres meses si dispone, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social española, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España, precisándose que:

“...por miembro de familia se entiende aquel que acompaña a un ciudadano de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, o va a reunirse con él y cumple las condiciones contempladas en las letras a), b) o c) del artículo 7º...”¹⁰⁷².

Dicha modificación del régimen comunitario ha sido reglamentada por la Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, por la que se dictan normas para la aplicación del

¹⁰⁷² Artículo 7: Residencia superior a tres meses de ciudadanos de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo

“1. Todo ciudadano de un Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo tiene derecho de residencia en el territorio del Estado Español por un período superior a tres meses si:

a) Es un trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia en España, o
b) Dispone, para sí y los miembros de su familia, de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su período de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos en España, o
c) Está matriculado en un centro público o privado, reconocido o financiado por la administración educativa competente con arreglo a la legislación aplicable, con la finalidad principal de cursar estudios, inclusive de formación profesional; y cuenta con un seguro de enfermedad que cubre todos los riesgos en España y garantiza a la autoridad nacional competente, mediante una declaración o por cualquier otro medio equivalente de su elección, que posee recursos suficientes para sí y los miembros de su familia para no convertirse en una carga para la asistencia social del Estado español durante su período de residencia...”.

artículo 7 del Real Decreto 240/2007, en la cual se establece un cambio sustancial en lo referente a los requisitos para el acceso al derecho de residencia de los ciudadanos no comunitarios, que ostenten la condición de familiares de un ciudadano comunitario y/o español¹⁰⁷³.

La mencionada Orden desarrolla y reglamenta el régimen jurídico aplicable al artículo 7 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, y a este respecto establece los requisitos para ejercer el derecho de residencia superior a tres meses y la documentación necesaria tanto para la inscripción en el Registro Central de Extranjeros, como para la obtención de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión. Como ya hemos advertido, si el familiar es de nacionalidad europea, obtendrá un Certificado de Registro como Ciudadano de la Unión, que tendrá como duración un periodo máximo de 5 años, renovables y si es extracomunitario, obtendrá una Tarjeta de Residente en Régimen Comunitario, cuya duración será equivalente al periodo de residencia previsto en España, siendo como máximo de 5 años, la que podrá ser renovada si en dicho momento se cumplen los requisitos respectivos.

Entre la documentación necesaria para obtener el permiso de residencia en el régimen comunitario tenemos:

- a) Documento de identidad o Pasaporte vigente.
- b) Contrato de trabajo o alta en la Seguridad Social como autónomo.
- c) Si no se ejerce actividad laboral, seguro médico privado por el tiempo de residencia previsto.
- d) En caso de ser familiar, documentación acreditativa de la vinculación familiar.
- e) Documentación que acredite la dependencia económica (familiares).

Como podemos apreciar, entre la documentación solicitada y por lo tanto requisito indispensable, se señala la acreditación de recursos económicos suficientes, para sí y para su familia, a fin de que no se produzca el riesgo de convertirse en una

¹⁰⁷³ AMARILLA, N., *Un Real Decreto Ley para gobernarlos a todos*, European Pharmaceutical Law Group, Madrid, 2012, disponible en http://eupharlaw.hl224.dinaserver.com/historico/noticias/NuriaAmarilla_RDL_ADS.pdf, fecha de consulta 31/07/2016.

carga para la asistencia social española durante su periodo de residencia¹⁰⁷⁴. De igual forma se exige también, en el caso de no ejercer actividad laboral, la contratación de un seguro de salud, con prestaciones similares a las que otorga el sistema sanitario público español; requisitos que en muchos casos pueden ser difíciles de cumplir, sobre todo en la coyuntura de crisis económica en las que se encuentran los países del sur de Europa.

Por otro lado no debemos dejar de mencionar que la Orden PRE/1490/2012, de 9 de julio, establece la posibilidad de que habiéndose otorgado el permiso de residencia al familiar no comunitario, éste pueda ser revocado por cambio de las circunstancias económicas de su familiar, situación cuanto menos preocupante, que podría determinar el ingreso en un CIE, como veremos más adelante.

2.5.3 Denegación o revocación del permiso de residencia y riesgo de internamiento

Como es de verse, las normas antes citadas establecen requisitos para acceder al derecho de residencia en territorio español, tanto para los ciudadanos comunitarios como para sus familiares extracomunitarios; como se puede apreciar, no basta el hecho de ser ciudadano europeo o poseer un vínculo familiar con éste, sino que el ciudadano comunitario debe contar con medios económicos suficientes así como con un seguro médico público o privado para él y para su familia. En el caso específico de los ciudadanos españoles para sí mismos este requisito no les es aplicable, por obvias razones, sin embargo sí se exigen estos requisitos a los familiares extracomunitarios que pretendan residir con él.

Adicionalmente, debemos señalar que la inclusión en el Real Decreto 240/2007 del artículo 9 bis¹⁰⁷⁵ por parte de la Disposición Final segunda del Real Decreto

¹⁰⁷⁴ Artículo 3 2.c. 2a de la Orden PRE/1490/2012.

¹⁰⁷⁵ Artículo 9 bis. *Mantenimiento del derecho de residencia.*

1. Los ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo y los miembros de sus familias gozarán del derecho de residencia establecido en los artículos 7, 8 y 9 mientras cumplan las condiciones en ellos previstas.

En casos específicos en los que existan dudas razonables en cuanto al cumplimiento, por parte de un ciudadano de algún Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o de los miembros de su familia, de las condiciones establecidas en los artículos 7, 8 y 9, los órganos competentes podrán comprobar si se cumplen dichas condiciones. Dicha comprobación no se llevará a cabo sistemáticamente.

1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, contemplaría de manera tácita la inclusión de una situación adicional de expulsión a la contemplada en el Régimen Comunitario (Real Decreto 240/2007)¹⁰⁷⁶. Nos referimos al recurso a la asistencia social en España, dado que en su párrafo segundo se establece que:

“...El recurso a la asistencia social no tendrá por consecuencia automática una medida de expulsión.”.

Como es de verse, la norma citada no niega tajantemente la posibilidad de expulsión, sino que en el mejor de los casos la atenúa; asimismo, en su párrafo 3º se establece que no se aplicará la expulsión, si el familiar es trabajador por cuenta ajena o propia o, si se encuentra inscrito como demandante de empleo y tiene “*posibilidades reales*” de ser contratado.

En dicho contexto sería posible que ante la denegación o revocación de la tarjeta de residente a un familiar de un ciudadano español o comunitario que tenga nacionalidad extracomunitaria, este familiar sea sometido a un proceso de expulsión. Dada la actual crisis económica que afecta a los países del sur de Europa, es muy frecuente encontrar casos en los cuales se ha denegado la residencia de familiares extracomunitarios por carecer el ciudadano español o comunitario de medios económicos suficientes. Esta coyuntura nos invita a formularnos la siguiente pregunta: ¿Dicho proceso de expulsión podría llevar aparejada una medida coercitiva de internamiento en un CIE a fin de garantizar su expulsión de territorio español?

2. El recurso a la asistencia social en España de un ciudadano de algún Estado miembro de la Unión Europea o de otro Estado parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o de un miembro de su familia no tendrá por consecuencia automática una medida de expulsión.

3. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores y sin perjuicio de las disposiciones del Capítulo VI de este real decreto, en ningún caso podrá adoptarse una medida de expulsión contra ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea o de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo o miembros de su familia si:

a) Son trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia; o,

b) Han entrado en territorio español para buscar trabajo. En este caso, no podrán ser expulsados mientras puedan demostrar que siguen buscando empleo y que tienen posibilidades reales de ser contratados.

¹⁰⁷⁶ En su art. 15.1 apartado c) se contempla la posibilidad de expulsión por razones de orden público, seguridad pública o salud pública.

Al respecto consideramos que existe un vacío legal, dado que no se especifica cuál sería la forma de “expulsar” a los familiares extracomunitarios, a los que se les hubiera denegado o revocado la Tarjeta de Residencia, en este caso, para tratar de dilucidar la situación, se debe recurrir a la normativa complementaria, dándose en consecuencia dos interpretaciones:

- La primera de ellas nos lleva a recurrir a la LO 4/2000 (régimen general de extranjería), que es en efecto la que contempla la posibilidad de reclusión en un CIE. En ese caso podríamos afirmar que el internamiento en un CIE es una medida cautelar contemplada en el Art. 61 de la L.O. 4/2000, y que asimismo el Art. 1.3 de dicha Ley dice: *“Los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y aquellos a quienes sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por las normas que lo regulan, siéndoles de aplicación la presente Ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables¹⁰⁷⁷; por lo tanto, aplicando dicha norma e interpretando que el ingreso en un CIE es desfavorable, no sería posible aplicar dicha medida a un familiar de un ciudadano comunitario, en virtud de que dicha norma no le es favorable.*

- La segunda interpretación nos remite a la Disposición Adicional Segunda del Real Decreto 240/2007, que a la letra dice:

“Disposición adicional segunda. Normativa aplicable a los procedimientos.

En lo no previsto en materia de procedimientos en el presente Real Decreto, se estará a lo dispuesto en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, en su Reglamento, aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre, en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, y en su normativa de desarrollo, con carácter supletorio y en la medida en que no se oponga a lo dispuesto en los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas y el derecho derivado de los mismos”.

¹⁰⁷⁷ El subrayado es nuestro.

En este caso, aparentemente, esta norma permitiría la aplicación de la LO 4/2000 en lo referente al procedimiento de expulsión y a la aplicación de la medida cautelar de internamiento en un CIE de un familiar que se encuentre dentro del régimen comunitario, al cual se le haya denegado o revocado la Tarjeta de Residencia. Asimismo, debemos hacer hincapié que el nuevo Reglamento de los CIE no hace mención alguna acerca de la posibilidad o no de ingreso de un familiar de un ciudadano español o comunitario, dejando abierta, al parecer, tal posibilidad.

Nosotros ante ambas interpretaciones nos decantamos por la primera, dado que la aplicación de la LO 4/2000 a los familiares de ciudadanos españoles o comunitarios no les favorece, sino por el contrario les perjudicaría, el internamiento en un CIE es una medida gravosa y en muchos casos vulneratoria de derechos fundamentales de la persona humana. Pero de ser así, nos encontraríamos frente a una nueva fuente de “inexpulsables” o “irregularizables”, puesto que al negársele o revocársele la tarjeta de residencia al familiar extracomunitario de un ciudadano comunitario o español, dejaríamos en situación de indocumentadas a esas personas, sin la posibilidad de trabajar legalmente y a expensas de la “mejora” de la situación económica de su familiar español o comunitario.

2.5.4 De los familiares de un ciudadano español

Mención especial es la referida a los familiares de un ciudadano español, dado que la aplicación de la normativa que hemos reseñado puede traer como consecuencia la denegación de la autorización de residencia y quizás la expulsión de algún familiar extracomunitario que pretenda residir con él. Este hecho nos hace reflexionar acerca de si dicha norma no vulnera derechos fundamentales de los ciudadanos españoles y de sus familiares, entre ellos el derecho a la intimidad personal y familiar y el libre desarrollo de la personalidad, así como el derecho a la no discriminación, entre otros.

En lo referente al cónyuge del ciudadano español, la Defensoría del Pueblo ha formulado con fecha 26 de julio de 2013, una Recomendación a la Secretaría General de Inmigración y Emigración en la cual se da cuenta de lo gravoso que significa para un ciudadano español tener que acogerse a la Orden PRE/1490/2012, recomendando que se exima de la exigencia de recursos económicos suficientes y de seguro de enfermedad a

los cónyuges de ciudadanos españoles, residentes en España, cuyo matrimonio civil se encuentre inscrito en el Registro Civil español.

La recomendación se basa en que los cónyuges de un ciudadano español, que no hayan ejercido la libre circulación en el espacio comunitario y no cuenten con la ciudadanía europea, gozan de un régimen de derechos diferente al estatuto comunitario que la Directiva 2004/38/CE proyecta y cada Estado concreta en su propio ordenamiento jurídico, es decir, el ciudadano español no ha traspasado las fronteras de España, por lo que está sometido al derecho interno del Estado¹⁰⁷⁸.

El tema aún se encuentra en debate y dará lugar a innumerables interpretaciones, pero nosotros reiteramos que desde nuestro punto de vista, las modificaciones realizadas al Régimen Comunitario resultan muy gravosas y perjudiciales para los familiares extracomunitarios que requieran vivir en España, dichas personas, si no cuentan con recursos económicos suficientes, corren el riesgo de ser expulsados del país y quizás también, ante el vacío legal existente, podrían ser ingresadas en un CIE.

III) PROCEDIMIENTO DE APROBACIÓN JUDICIAL DEL INTERNAMIENTO

3.1 Regulación

Si revisamos la LO 4/2000 y su Reglamento nos damos con la sorpresa de que no existe ninguna disposición acerca del procedimiento a seguir para la aprobación judicial de la medida de internamiento de extranjeros. Por dicha razón, resulta necesario en dicho caso aplicar de manera supletoria la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la misma que contempla tres tipos de procesos penales ordinarios: el primero denominado ordinario o sumario, el segundo denominado procedimiento abreviado y el tercero de ellos denominado juicio de faltas.

¹⁰⁷⁸ Se hace referencia a: STJCE de 28 de enero de 1992, SSTJCE de 21 de septiembre de 1999 –Asunto C-378/97, y de 2 de octubre de 2003, Asunto C-148/02, Carlos García Abelló c. Estado Belga, STJCE de 27 de octubre de 1982 –asuntos C-35 y 36/82; STJUE de 5 de junio de 1997 –Asuntos C-64 y 65/96.

Por su naturaleza y sumariedad se suele aplicar para el internamiento de extranjeros el procedimiento abreviado¹⁰⁷⁹, utilizando para ello el procedimiento de Diligencias Previas, que es aquel procedimiento al que se recurre ante los requerimientos de la autoridad policial u otras, cuyas actuaciones no tienen un procedimiento reglado en la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Tal es el caso de las solicitudes de intervención de la correspondencia, de ingreso y registro de domicilio, solicitud de autorización de trasplante de órganos, intervención telefónica, etc.; las mismas que se tramitan ante el Juzgado de Guardia respectivo¹⁰⁸⁰. De esa forma se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal el inicio del procedimiento, pudiendo intervenir en el mismo mediante el informe preceptivo del que hemos hablado anteriormente.

Al respecto la doctrina¹⁰⁸¹ opina que el procedimiento abreviado es el más adecuado para tramitar el internamiento de extranjeros, por su naturaleza sumaria y porque es aplicable no solo a delitos. Por su parte el Tribunal Constitucional¹⁰⁸², se ha pronunciado considerando que la prisión preventiva es asimilable al internamiento cautelar del extranjero, al amparo de la normativa de extranjería y que por lo tanto, le es aplicable de manera supletoria la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Asimismo, debemos mencionar que dicha interpretación fue ratificada por el Tribunal Supremo en el año 2003¹⁰⁸³, que posteriormente en enero de 2005¹⁰⁸⁴, va más allá y declara específicamente que para la adopción judicial de la medida de internamiento en los CIE, deben aplicarse subsidiariamente las disposiciones penitenciarias vigentes, siendo el procedimiento de Diligencias Previas el más adecuado para ello.

3.2 Solicitud de internamiento

En lo referente al inicio del procedimiento, debemos señalar que la solicitud, o la propuesta de internamiento, la realiza la Autoridad Gubernativa, que la Disposición

¹⁰⁷⁹ MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, cit., pág. 260.

¹⁰⁸⁰ Arts. 774- 779- LECRIM.

¹⁰⁸¹ MONTERO AROCA, J., (con GÓMEZ COLOMER, J. L.; MONTÓN REDONDO, A., y BARONA VILAR, S.), *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pág.523 y HEREDIA PUENTE, M y FÁBREGA RUIZ, C., *Medidas cautelares en el derecho de extranjería. Internamientos, expulsiones y otros aspectos de derecho de extranjería*, Colex, Madrid, 1997, pág. 46.

¹⁰⁸² STC 115/1987, de 7 de julio.

¹⁰⁸³ STS, de 20 de marzo del 2003 (Sección 6ª).

¹⁰⁸⁴ STS de 20 Enero del 2005 (Sección 2ª).

Adicional Primera del Reglamento de Extranjería¹⁰⁸⁵ dispone que cuando la competencia en materia de resoluciones no esté expresamente atribuida a un determinado órgano, será ejercida por el Subdelegado del Gobierno o el Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas Uniprovinciales. Por otro lado, de manera excepcional, se establece que en el supuesto del internamiento para devolución o retorno, también podrá proponer el internamiento el responsable del puesto fronterizo o el comisario del puesto policial donde se encuentre detenido el extranjero; en este caso, la autoridad policial tendrá tal facultad si el Delegado o Subdelegado de Gobierno le ha delegado expresamente dicha competencia.

Según MARTÍNEZ¹⁰⁸⁶, el instructor del procedimiento administrativo, a fin de facilitar la información que la petición de internamiento amerita, deberá presentar al Juez Instructor la siguiente documentación:

- a) El acuerdo de adopción de la medida preventiva de internamiento.
- b) La notificación de dicho acuerdo de adopción de medida preventiva al extranjero y a su abogado. En el caso de que todavía no se haya dictado el Decreto de expulsión, se acompañará la notificación de la iniciación del procedimiento sancionador preferente.
- c) La resolución de la autoridad gubernativa acordando la imposición de la sanción de expulsión del territorio nacional.
- d) La notificación al extranjero del Decreto de Expulsión o de su publicación en el Boletín de la Provincia de residencia en el caso no haya podido realizarse la notificación.
- e) Diligencia de información de Derechos al detenido.
- f) El detalle de las diligencias efectuadas por las autoridades policiales y administrativas, así como la documentación, relacionadas con la identidad del extranjero, antecedentes policiales, y forma y lugar en que se practicó la detención.

Como es de verse, la adopción por parte del Juez de la medida de internamiento no es un mero trámite, sino que debe adoptarse teniendo a su alcance

¹⁰⁸⁵ Artículo 15.3 del Reglamento de Extranjería.

¹⁰⁸⁶ MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, cit., pág. 262.

todos los antecedentes y circunstancias de la persona, siendo para ello indispensable que se forme un expediente con la documentación respectiva.

3.3 Juez competente

El Juez competente para conocer y autorizar el internamiento de un extranjero en el marco de un procedimiento administrativo sancionador de expulsión, es el Juez de Instrucción del lugar donde se ha producido la detención del extranjero¹⁰⁸⁷. Además, según la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, son los Jueces de Instrucción los que ostentan la competencia para ordenar detenciones y prisiones. Si bien es cierto que la medida de internamiento no es una orden de prisión propiamente dicha, sino como hemos advertido, una medida cautelar, de igual forma trae consigo la privación de libertad de una persona. Por dicha razón, la normatividad vigente en materia de extranjería atribuye tal competencia a los Jueces de Instrucción, en los artículos 58.6, 60.1, 61.1 y 62.1 de la LO 4/2000.

Por otro lado, debemos mencionar que los Juzgados de Instrucción prestan el servicio de guardia, y por esa razón suelen tener encomendadas las labores de control judicial urgente, no sólo en el ámbito penal que les es propio, sino, con alguna frecuencia, en otros órdenes jurisdiccionales, siendo esta otra razón por la que se atribuye al Juez de Instrucción la competencia, para decidir sobre el internamiento de extranjeros.

Por su parte, la doctrina tiene diversas opiniones en lo referente a si es adecuado que sea la Jurisdicción penal, la que deba conocer y autorizar la orden de internamiento de un extranjero en el marco de un procedimiento administrativo de expulsión, pues algunos como PECES MORATE, señalan que: *“una cosa es la detención preventiva para realizar averiguaciones tendentes al esclarecimiento de un hecho delictivo y otra muy distinta la privación de libertad de un ciudadano extranjero, al que no se imputa delito alguno, para ser expulsado del territorio español. En esa*

¹⁰⁸⁷ Artículo 62.6 de la LO 4/2000.

confusión legal subyacen consideraciones que impiden crear una cultura no discriminatoria, pues se equipara o asimila al inmigrante ilegal con el delincuente"¹⁰⁸⁸.

Como podemos ver, el citado autor opina que debe ser la jurisdicción contencioso- administrativa la competente para conocer la petición de orden de internamiento, dada su especialidad, garantizándose además una diferencia de trato entre un delincuente y un inmigrante en situación irregular. En el mismo sentido opina PALOMA REQUEJO¹⁰⁸⁹, quien afirma que es discutible que se haya preferido al Juez de Instrucción en lugar del Juez contencioso administrativo, pues el primero sólo podrá valorar la pertinencia del internamiento realizando un control de forma, no de fondo, dado que ello corresponde al fuero contencioso administrativo, dado que la materia dentro de la cual se encuentra el internamiento de extranjeros es el derecho administrativo, puesto que la medida de internamiento, es una medida cautelar destinada a asegurar la orden administrativa de expulsión,

A nuestro entender, esta última posición no es la más adecuada, pues si bien es cierto que los Jueces especializados en lo contencioso administrativo poseen una formación más acorde al tema de fondo (procedimiento administrativo de expulsión), no resultaría del todo operativo que sean estos jueces los competentes para conocer las peticiones de orden de internamiento de la autoridad gubernamental, dado que dichas medidas ameritan un procedimiento sumario que muchas veces implica la actuación de Juzgados de Guardia. Además, no consideramos que la medida de internamiento sea en sí misma de naturaleza administrativa, dado que implica la privación de libertad, tema de competencia de los Jueces de Instrucción; por lo tanto consideramos que en dicho extremo, la normativa en materia de extranjería se encuentra correctamente orientada.

Adicionalmente a decretar el internamiento, también corresponde al Juez de Instrucción autorizar el traslado del extranjero a otro CIE, a solicitud de la unidad policial que pidió el internamiento, previo informe de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras. En este caso, si el interno tuviera peticiones o quejas por vulneración de derechos fundamentales pendientes de resolver ante el Juez de Control

¹⁰⁸⁸ PECES MORATE, E. J., "Garantías jurisdiccionales para los extranjeros....", cit., pág. 234.

¹⁰⁸⁹ REQUEJO, P., *El internamiento de Extranjeros*, cit., 108.

de Estancia¹⁰⁹⁰, la unidad policial deberá con carácter previo a la solicitud de traslado obtener la autorización de éste. Todo ello de acuerdo a lo establecido en el Reglamento de Funcionamiento y Régimen Interior de los Centros de Internamiento para Extranjeros¹⁰⁹¹.

3.4 Procedimiento

3.4.1 Audiencia

Una vez recibida la petición de internamiento, el Juez Instructor competente deberá resolver acerca de la procedencia de la medida de internamiento, previa audiencia al extranjero y al Ministerio Fiscal¹⁰⁹², es decir, es de obligatorio cumplimiento la realización de una audiencia en la cual se le otorgue al extranjero la posibilidad de realizar sus alegatos de defensa, con la presencia de su Abogado Defensor y del Ministerio Fiscal, antes de emitirse un pronunciamiento respecto del internamiento.

Las características de la audiencia y su formalización, no se encuentran detalladas en las normas de extranjería, por dicha razón nuevamente se debe recurrir a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que en su artículo 520 establece que el Juez Instructor debe oír al inculcado, informándole de sus derechos y en presencia de su abogado. En dicha audiencia, el extranjero podrá manifestar lo que a su derecho convenga, efectuando sus alegaciones, incluida la petición y práctica de pruebas que puedan practicarse en el acto. Con dicha medida se pretende evitar la indefensión que pudiera sufrir el extranjero, debiendo procurarse los medios necesarios para que dicha audiencia se efectúe en las condiciones más favorables para la defensa de la persona, exigiendo la presencia de un intérprete, si resultase necesario¹⁰⁹³.

¹⁰⁹⁰ Como ya lo hemos acotado anteriormente, el Juez de Control de Estancia es una figura jurídica creada por la L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la L.O. 4/2000, mediante la cual de manera independiente del Juez de Instrucción que autoriza el ingreso, se atribuye al Juez de Instrucción del lugar donde se encuentra ubicado el CIE, facultades para conocer las quejas y/o denuncias que puedan realizar los internos por vulneración de sus derechos fundamentales.

¹⁰⁹¹ Artículo 33 del Reglamento de los CIE, aprobado mediante Real Decreto 162/2014 de 14 de marzo.

¹⁰⁹² Así lo establece el artículo 62.1 de la LO 4/2000, modificada por LO 2/2009.

¹⁰⁹³ MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, cit., pág. 263.

Como se observa, es primordial el respeto del derecho de defensa del extranjero antes de tomar la resolución que acuerde su internamiento, su derecho a ser informado de sus derechos, a la asistencia letrada y a ser escuchado. Con respecto a la asistencia jurídica, el extranjero podrá contratar los servicios de un abogado defensor de su confianza o en su defecto, si no posee recursos económicos, acogerse a la defensa de oficio¹⁰⁹⁴, la dotación del abogado al procesado es requisito indispensable para la realización de la audiencia¹⁰⁹⁵, y de ser necesaria, también la presencia de un intérprete¹⁰⁹⁶.

La importancia de la audiencia ha sido reconocida por el Tribunal Constitucional en varias de sus sentencias, entre ellas en la mencionada STC 115/1987, en la cual establece: *"Toda persona privada de libertad, con fundamento o no, tiene derecho a un control de legalidad ejercido por un Tribunal y por ello con unas garantías comparables con las detenciones que existen en materia penal. La intervención judicial no sólo controlará el carácter imprescindible de la pérdida de libertad, sino que permitirá al interesado presentar sus medidas de defensa, evitando que la detención presente el carácter de un internamiento arbitrario"*.

Asimismo, la norma de extranjería prevé la asistencia de Letrado de Oficio, que es otra garantía del extranjero pendiente de internamiento, recogida en los artículos 22 y 63.3 LO 4/2000, que reconocen el derecho a la asistencia de Letrado de Oficio en la tramitación de los expedientes de expulsión¹⁰⁹⁷.

Debemos señalar que con respecto al derecho de audiencia (a ser oído) en el contexto de un procedimiento de extranjería, se ha pronunciado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, afirmando que el contenido del derecho a ser oído se encuentra definido por el artículo 6.6 de la Directiva de Retorno Europea¹⁰⁹⁸, en relación con el

¹⁰⁹⁴ Artículo 2 numeral a) de la LO 1/1996 de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita.

¹⁰⁹⁵ Artículo 118. de la LECRIM:

“...3. Para actuar en el proceso, las personas investigadas deberán ser representadas por procurador y defendidas por abogado, designándoseles de oficio cuando no los hubiesen nombrado por sí mismos y lo solicitaren, y en todo caso, cuando no tuvieran aptitud legal para hacerlo...”.

¹⁰⁹⁶ Artículo 123 de la LECRIM.

¹⁰⁹⁷ Derivada de la modificatoria del artículo 22 de dicha Ley, que atendiendo a las consideraciones de la STC 236/2007, establece que el derecho a la asistencia jurídica gratuita es un derecho del que gozan los extranjeros en igualdad de condiciones a los españoles, que no se encuentra condicionado a su situación administrativa en España.

¹⁰⁹⁸ Artículo 6. Decisión de retorno

artículo 41 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales¹⁰⁹⁹. En este caso se ha señalado que, el derecho a ser oído comprende el derecho a expresar su punto de vista sobre la legalidad de la estancia, no obstante, este derecho no comprende la obligación de avisar al afectado, antes de la audiencia organizada con vistas a la adopción de una decisión de retorno, de que se propone adoptar una decisión de retorno en su contra, ni de comunicarle los elementos en los que tiene previsto basarse o concederle un plazo de reflexión, antes de recabar sus observaciones, siempre que dicho sujeto tenga la posibilidad de presentar, de manera adecuada y efectiva, su punto de vista en relación con la irregularidad de su situación y los motivos que puedan justificar, en virtud del derecho nacional, que dicha autoridad no adopte una decisión de retorno¹¹⁰⁰.

Según el TJUE, para dicha declaración, la persona tiene derecho a recurrir a un abogado para que le asista, pero eso no equivale a la obligación estatal de proporcionar dicha asistencia jurídica de forma gratuita. El derecho a ser oído (de audiencia), no ha de referirse necesariamente al procedimiento de expulsión, sino que queda garantizado si hubiera podido presentar alegaciones en el procedimiento que determina su situación de irregularidad. Es decir, si se ha oído al afectado en el procedimiento de denegación de residencia de la que deriva una situación de irregularidad, la norma europea no requiere que el individuo sea oído de nuevo en el procedimiento de expulsión¹¹⁰¹.

Como podemos apreciar, el TJUE es bastante restrictivo con respecto al derecho de los extranjeros a ser oídos en los procesos de extranjería que se lleven a cabo en los respectivos países de la Unión, contemplándose la posibilidad de que si a la persona se le ha dado audiencia en un proceso de extranjería, pueda ordenarse en un

(...)

6. La presente Directiva no impedirá a los Estados miembros adoptar una decisión sobre la finalización de la situación regular, unida a una decisión de retorno y/o de expulsión y/o a una prohibición de entrada, en una única decisión o acto de naturaleza administrativa o judicial, si así lo dispone su legislación nacional, sin perjuicio de las garantías procedimentales previstas en el Capítulo III y otras disposiciones pertinentes del Derecho comunitario y nacional (...).

¹⁰⁹⁹ Artículo 41 Derecho a una buena administración

(...)

2. Este derecho incluye en particular:

- el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,
- el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial,
- la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones (...).

¹¹⁰⁰ STJUE (Sala Quinta) de 11 de diciembre de 2014, Asunto *Boudjlida*, asunto C-249/13.

¹¹⁰¹ STJUE (Sala Quinta) de 5 de noviembre de 2014, Asunto *Mukarubega*, asunto C-166/13.

momento posterior, una detención para concretar su expulsión, sin que sea necesario para ello otorgar derecho de audiencia previa al extranjero.

En este caso puntual, debemos saludar que la normativa española sí contemple la obligación de dar audiencia a la persona, como requisito previo para acordar una medida de internamiento.

3.4.2 Resolución

La decisión de internamiento debe ser adoptada por el órgano judicial competente, mediante auto motivado¹¹⁰² en el que, con respeto al principio de proporcionalidad¹¹⁰³, se deberán tomar en cuenta las circunstancias concurrentes y, en especial:

- a) El riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio o de documentación identificativa;
- b) Las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión;
- c) La existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes;
- d) En caso de enfermedad grave del extranjero, el juez valorará el riesgo del internamiento para la salud pública o la salud del propio extranjero¹¹⁰⁴.

En ese sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en reiterada jurisprudencia, sostiene que uno de los principios inherentes a una adecuada administración de justicia, es el de la motivación de las resoluciones¹¹⁰⁵, puesto que

¹¹⁰² SSTC 96/1995, de 19 de junio; 182/1996, de 12 de noviembre; 144/1990 de 26 de setiembre; 49/1999, de 5 de abril; 214/1999 de 29 de noviembre; 14/ 2000, de 17 de enero; 169/2001, de 16 de julio; 82/2002, de 22 de abril; 163/2002, de 16 de setiembre; entre otras.

¹¹⁰³ STC 115/1987, de 14 de julio, F. J. 3.

¹¹⁰⁴ Disposiciones contenidas en el art. 62.1 de la LO 4/2000.

¹¹⁰⁵ ESPARZA LEIBAR, I.; ETXEBERRÍA GURIDI, J., “Derecho a un proceso equitativo”, en *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, cit., pág. 269.

propugna que las resoluciones judiciales, deben indicar de manera suficiente y adecuada los motivos en los que se fundan¹¹⁰⁶.

El artículo 6.1 CEDH obliga a motivar las resoluciones, aunque dicha obligación no puede constituir siempre y automáticamente una exigencia de respuesta detallada a todos y cada uno de los argumentos expuestos por las partes en el proceso¹¹⁰⁷, pudiendo ser una resolución judicial breve y concisa, pero motivada, con lo cual se satisfacen los requisitos de un proceso con las garantías adecuadas¹¹⁰⁸.

Asimismo, abundando en la jurisprudencia del TEDH, debemos mencionar la Sentencia de 18 junio de 1971 (*caso de Wilde, Ooms y Versyp* EDJ 1971/1), en la cual se determinó que toda persona privada de su libertad, con fundamento o no, tiene derecho a un control de legalidad ejercido por un tribunal, y por ello unas garantías comparables a las que existen en las detenciones en materia penal.

Según el TEDH, la intervención judicial no sólo controlará el carácter imprescindible de la pérdida de libertad, sino que permitirá al interesado presentar sus medidas de defensa, evitando que la detención presente el carácter de un internamiento arbitrario. Igual doctrina también ha establecido el Tribunal Constitucional español en la STC 144/90, de 26 de setiembre, que declaró contrario a derecho una decisión de internamiento adoptada de forma masiva, sin una motivación adecuada al caso concreto.

Por su parte el Tribunal Constitucional español también estableció que antes de adoptar la decisión del internamiento previo a la expulsión, se exige un control judicial que atenderá a la causa de expulsión, situación legal y probabilidad de huida¹¹⁰⁹. En ese sentido, la STC 96/1995 de 19 de junio de 1995 establece que: "...la decisión judicial, en

¹¹⁰⁶ SSTEDH, Asunto García Ruíz v. España, de 21 de enero de 1999, apdo. 26; Asunto *Tatishvili c. Rusia*, de 22 de febrero de 2007, apdo. 58; Asunto *Gorou c. Grecia* (núm. 2), de 20 de marzo de 2009, apdo. 37; Asunto *N.A. c. Noruega*, de 18 de diciembre de 2014, apdo. 61. ESPARZA LEIBAR, I. y ETXEBERRÍA GURIDI, J., "Derecho a un proceso equitativo", en *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, cit., pág. 269.

¹¹⁰⁷ SSTEDH, Asunto *Hirvisaari v. Finlandia*, de 27 de setiembre de 2001, apdo. 30; Asunto *Gorou c. Grecia*, de 20 de marzo de 2009, apdo. 37; Asunto *Sainz Casla c. España*, de 12 de noviembre de 2013, apdo. 35; Asunto *N.A. c. Noruega*, de 18 de diciembre de 2014, apdo. 61. ESPARZA LEIBAR, I. y ETXEBERRÍA GURIDI, J., "Derecho a un proceso equitativo", en *Convenio Europeo de Derechos Humanos*, cit., pág. 234.

¹¹⁰⁸ STEDH, de 27 de setiembre de 2001, Asunto *Hirvisaari v. Finlandia*, , apdo. 31. ESPARZA LEIBAR, I. y ETXEBERRÍA GURIDI, J., "Derecho a un proceso equitativo", cit., pág. 270.

¹¹⁰⁹ STC 66/1996, de 16 de abril.

relación con la medida de internamiento del extranjero pendiente de expulsión, ha de ser adoptada mediante resolución judicial motivada, que debe respetar los derechos fundamentales de defensa (arts. 24,1 y 17,3 CE), incluidos los previstos en el art. 30,2 LO 7/85 de 1 julio, en conexión con el art. 6,3 del Convenio Europeo para la Protección de los derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como la interposición de los recursos que procedan contra la resolución judicial [...] conexión con el art. 5,4 Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales...”.

Asimismo, el máximo Tribunal, en la antes comentada STC 115/1987, declara la constitucionalidad de la medida cautelar de internamiento, partiendo de que en ningún caso puede concebirse como un simple acto de ratificación formal de la solicitud administrativa de internamiento, sino que ha de suponer una auténtica garantía del derecho a la libertad personal del afectado.

Como hemos visto anteriormente, se hace hincapié en que el principio de proporcionalidad es una de las condiciones necesarias para que la intervención judicial cumpla con las debidas garantías constitucionales del control jurisdiccional de la medida, y exige que el internamiento sea proporcional las circunstancias de la persona¹¹¹⁰ y el fin de la medida (evitar la fuga o elusión de la expulsión), así como que no exista otra medida menos gravosa, en términos de limitación de derechos (art. 17.1 CE), que cumpla el mismo fin. Asimismo, en dicha sentencia se establece que es el Juez, en su auto motivado de internamiento el que, tras la ponderación de las circunstancias, riesgos y fines, debe aplicar el principio de proporcionalidad.

3.4.3 Recursos y comunicaciones

En lo referente a los recursos que pueden interponerse en contra de la orden judicial de internamiento, existe un vacío legal, pues en la normativa de extranjería no se dice nada al respecto, lo cual no significa que no se puedan interponer recursos. La posibilidad de interponer recursos se basa en la STC 115/1987, que reconoce tal alternativa y también en el artículo 5.4 del Convenio Europeo para la Protección de los

¹¹¹⁰ Contempladas en el art. 62 de la LO 4/2000, aunque no de forma taxativa.

Derechos Humanos y Libertades Fundamentales que establece: “*Toda persona privada de su libertad mediante.... Internamiento, tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial...*”¹¹¹¹.

Para determinar los recursos a interponer, debemos recurrir nuevamente de manera supletoria a la Ley de Enjuiciamiento Criminal – LECRIM, que contempla entre otros, el recurso de reforma, el de apelación y el de queja, que podrán interponerse atendiendo a las circunstancias y características de cada caso en particular.

El recurso de reforma, podrá interponerse contra todos los autos del Juez de instrucción; el de apelación podrá interponerse únicamente en los casos determinados en la Ley, y se admitirá en ambos efectos tan sólo cuando la misma lo disponga expresamente; el recurso de queja podrá interponerse contra todos los autos no apelables del Juez y contra las resoluciones en que se denegare la admisión de un recurso de apelación¹¹¹². Asimismo, debemos señalar que la Jurisprudencia Constitucional y la normativa supranacional, contemplan el derecho de las personas que son privadas de su libertad a recurrir la orden que dispone su internamiento¹¹¹³.

Por aplicación subsidiaria de los artículos 216 y 217 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se puede interpretar que ante la falta de previsión legal expresa sobre el recurso de apelación, una vez interpuesto el recurso de reforma sólo cabría el de queja; pero por la naturaleza de la resolución también sería viable el recurso de apelación, vale decir que el auto que decreta el internamiento, es recurrible en reforma y, subsidiariamente, en apelación¹¹¹⁴ ante el Juez de Instrucción en el plazo de tres y cinco días, respectivamente, de conformidad con lo establecido en los artículos 211, 217 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en conexión con el artículo 65 de la LO 4/2000¹¹¹⁵.

¹¹¹¹ MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, cit., pág. 267.

¹¹¹² Artículos 217 y 218 de la LECRIM.

¹¹¹³ STC 115/1987, de 7 de julio, que reconoce el derecho a interponer recursos en contra de la resolución que dispone el internamiento en un CIE, así como lo establecido en el artículo 5.4 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades fundamentales que *establece: "toda persona privada de su libertad mediante internamiento, tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial..."*.

¹¹¹⁴ Es posible interponer en el mismo escrito el recurso de queja y subsidiario de apelación, o bien, hacerlo por separado, conforme al art. 222 LECRIM.

¹¹¹⁵ *Artículo 65* Carácter recurrible de las resoluciones sobre extranjeros

Según lo establecido en el artículo 220 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, conocerá del recurso de reforma el mismo Juez de instrucción, y del de apelación, la Audiencia Provincial por ser "*aquél a quien correspondiese el conocimiento de la causa en juicio oral*"¹¹¹⁶.

Por otro lado, en lo que respecta a las comunicaciones, el auto que contiene la medida de internamiento derivada de un procedimiento de expulsión, debe ser comunicado al Ministerio de Asuntos Exteriores, o quien haga sus veces, y a la Embajada y/o al Consulado de su país de origen; otorgándosele al extranjero detenido y posteriormente internado, la facultad de solicitar que se comunique su ingreso en un CIE a sus familiares, a la persona a la que haya atribuido su defensa jurídica, a la organización no gubernamental indicada por él y a otras personas residentes en España¹¹¹⁷.

Al respecto debemos decir que la comunicación del internamiento constituye por ende un derecho de la persona extranjera sometida a la decisión de ingreso en un CIE. Sin embargo hay ciertos casos en los cuales no es posible informar al Consulado del país de origen dado que las personas no son reconocidas como nacionales de dicho país. Como veremos más adelante existen casos en los que las personas no revelan su nacionalidad por miedo a facilitar su expulsión. En dichos casos debería evaluarse a profundidad si es viable el internamiento, dado que dichas personas no podrán ser expulsadas del país.

Las resoluciones administrativas sancionadoras serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes. El régimen de ejecutividad de las mismas será el previsto con carácter general.

¹¹¹⁶ Artículo 220º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

¹¹¹⁷ Así se establece en el artículo 62. 5 de LO 4/2000 y en el artículo 258.5 de su Reglamento.

CAPITULO IV

D) LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO PARA EXTRANJEROS –CIE

1.1 Régimen jurídico

1.1.1 Normativa y funcionamiento

El artículo 62 de la LO 4/2000 dispone que en los casos que establezca la Ley (causales de internamiento anteriormente desarrollados) se podrá autorizar, mediante resolución judicial, el ingreso del extranjero que se encuentre pendiente de expulsión, retorno o devolución en un Centro de Internamiento de Extranjeros.

Según lo establecido en el artículo 1.2 del RD 162/2014, los CIE son establecimientos públicos de carácter no penitenciario, dependientes del Ministerio del Interior utilizados para la detención y custodia, a disposición de la autoridad judicial, de extranjeros sometidos a expedientes de expulsión, o pendientes de devolución o retorno y de los extranjeros que habiéndoselos sustituido la pena privativa de libertad por la medida de expulsión, el juez o tribunal competente así lo acuerde, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 89.6 del Código Penal. Asimismo, en el artículo 1.3 se señala que el ingreso y la estancia en los centros de internamiento tendrán finalidad preventiva, y estarán orientados a garantizar la presencia del extranjero durante la sustanciación del expediente administrativo y la ejecución de la medida de expulsión. En lo que se refiere a la dirección, coordinación, gestión e inspección de los Centros, debemos señalar que corresponden al Ministerio del Interior a través de la Dirección General de la Policía. De igual forma, se pone de manifiesto el respeto del principio de proporcionalidad en los medios utilizados y objetivos perseguidos, el de intervención menos restrictiva y el de atención especializada a personas vulnerables¹¹¹⁸.

¹¹¹⁸ Artículo 1.4 del RD 162/2014, de 14 de marzo.

Desde su concepción primigenia, contenida en la antigua Ley de Extranjería LO 7/1985 y su Reglamento, se contemplaba su naturaleza no penitenciaria. Asimismo, el Tribunal Constitucional en su STC 115/1987 ya recogía la exigencia de que los CIE no tuvieran carácter penitenciario. La actual Ley de Extranjería, recalca en su artículo 60.2 su carácter no penitenciario¹¹¹⁹. En lo referente a su régimen interno, la LO 4/2000 y el actual Reglamento de los CIE, establecen que cada centro contará con un Director responsable de su funcionamiento, sin hacer mayores precisiones respecto a los requisitos del cargo y su modo de designación¹¹²⁰.

A pesar de haber sido creados en el año 1985, no fue sino hasta 1999, vale decir catorce años después de su puesta en marcha, que se emitió la primera normativa de funcionamiento de los CIE, mediante la promulgación de la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999; la cual, como hemos visto anteriormente, fue muy criticada por la doctrina principalmente por las carencias de regulación de aspectos sustanciales de estos Centros.

Según la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999 la dirección, inspección, gestión, custodia y demás acciones inherentes al funcionamiento de los CIE estaba en manos de la Dirección General de Policía, dependiente a su vez del Ministerio del Interior. Por su parte la gestión de los ingresos, traslados y otras acciones análogas eran competencia de la Comisaría General de Extranjería y Documentación¹¹²¹. Según dicha

¹¹¹⁹ Artículo 60. Efectos de la denegación de entrada

2.- "Los lugares de internamiento para extranjeros no tendrán carácter penitenciario, y estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios. Los extranjeros internados estarán privados únicamente del derecho ambulatorio".

¹¹²⁰ Artículo 62 sexies. Funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros

En cada centro de internamiento de extranjeros habrá un director responsable de su funcionamiento para lo cual deberá adoptar las directrices de organización necesarias, coordinando y supervisando su ejecución. Asimismo será el responsable de adoptar las medidas necesarias para asegurar el orden y la correcta convivencia entre extranjeros y asegurar el cumplimiento de sus derechos, y de la imposición de medidas a los internos que no respeten las normas de correcta convivencia o régimen interior.

¹¹²¹ Artículo 5. Competencias

1. Las competencias de dirección, inspección, coordinación, gestión y control de los Centros de Internamiento de Extranjeros corresponden al Ministerio del Interior y serán ejercidas a través de la Dirección General de la Policía, que también será responsable de la custodia y vigilancia de los centros, sin perjuicio de las facultades judiciales concernientes a la autorización de ingreso y al control de la permanencia de los extranjeros en los mismos.

2. Los Delegados del Gobierno en las Comunidades Autónomas en que se encuentre ubicado cada uno de ellos ejercerán las competencias que les atribuye la normativa vigente, que podrán ser delegadas en los Subdelegados del Gobierno de la provincia en que se halle el Centro de Internamiento de Extranjeros.

normativa, en cada centro existían los siguientes órganos y servicios: Dirección, Unidad de Seguridad, Administración, Junta de Régimen, Servicio de Asistencia Sanitaria, y Servicio de Asistencia Social. Estos puestos eran ocupados por funcionarios y personal contratado según las funciones que desempeñen, admitiéndose la posibilidad, en lo concerniente a la provisión de servicios sanitarios y sociales, que el Ministerio del Interior pudiese concertar la prestación de dichos servicios por parte de otros Ministerios u organizaciones no gubernamentales.

Por otro lado, debemos señalar que el actual Reglamento de la Ley de Extranjería en su artículo 258^o también regulaba el ingreso en los Centros de Internamiento de Extranjeros, estableciéndose la posibilidad de acordar judicialmente el ingreso en centros de internamiento de extranjeros que no tengan carácter penitenciario. En dicho precepto se contemplaba las remisiones a las normas que determinan los supuestos de ingreso en un CIE¹¹²²; dicho precepto ha sido derogado y ha sido reemplazado por lo establecido en el Reglamento de los CIE, cuyo contenido analizaremos más adelante.

Debemos señalar que, según lo establecido en el artículo 62.1 de la LO 4/2000, los Juzgados de Instrucción del lugar donde se hayan practicado las detenciones de las personas extranjeras son los encargados de autorizar el internamiento de éstas y, en su caso, de dejar sin efecto el mismo. Por otro lado, se encuentran los denominados “Juzgados de Control de Estancia” cuya figura se regula en el párrafo 6 del artículo 62 de la Ley Orgánica 2/2009 y en el apartado 2 del artículo 87 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Estos Juzgados sólo existen en aquellos lugares donde están ubicados los CIE y su competencia es conocer las peticiones y quejas que plantean las personas internas, en lo que se refiere a sus derechos fundamentales. Como señalamos anteriormente, la Ley establece que en aquellos lugares donde hay un CIE debe designarse un Juzgado concreto que desempeñe la función de control, actualmente en España funcionan los siguientes Juzgados de Control de Estancia:

3. Corresponde a la Comisaría General de Extranjería y Documentación coordinar los ingresos en los Centros de Internamiento de Extranjeros con el objeto de optimizar la ocupación de los mismos, teniendo en cuenta las circunstancias familiares o de arraigo en España del extranjero.

Asimismo, determinará los traslados de extranjeros de un centro a otro, previa autorización de la autoridad judicial competente, atendiendo a las citadas circunstancias.

¹¹²² Artículo 258. Ingreso en Centros de internamiento de extranjeros.

2. Sólo se podrá acordar el internamiento del extranjero cuando concurren los supuestos previstos en los artículos 15.3, 23.4, 235.5 y 246.3 de este Reglamento.

- En la provincia de Barcelona: los Juzgados de Instrucción número 1 y número 17.
- En la provincia de Cádiz: el Juzgado de Instrucción número 1 de Algeciras.
- En Fuerteventura: el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción número 5 de Puerto del Rosario.
- En Las Palmas: el Juzgado de Instrucción número 8.
- En la provincia de Málaga: el Juzgado de Instrucción número 6.
- En Santa Cruz de Tenerife: el Juzgado de Instrucción número 5.
- En la provincia de Madrid: los Juzgados de Instrucción números 6, 19 y 20, que se presentaron voluntariamente para el ejercicio de esta competencia.
- En Valencia: el Juzgado de Instrucción número 3.
- En Murcia: el Juzgado de Instrucción número 9.

Por otro lado, tras arduos debates y debido a las constantes críticas y a los vacíos legales de la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999, se aprobó el Real Decreto 162/2014 en el que se aprueba el Reglamento de Funcionamiento y Régimen Interior de los Centros de Internamiento de Extranjeros. Este Reglamento consta de 59 artículos, cuatro disposiciones adicionales y una transitoria distribuidos en siete títulos, cuya distribución es la siguiente:

- Título I: Disposiciones Generales, características y estructura orgánica de los centros.
- Título II: Estatuto jurídico de los extranjeros internados.
- Título III: Procedimientos de actuación: ingresos, salidas, traslados y conducciones.
- Título IV: Normas de convivencia y régimen interior.
- Título V: Formación del personal del centro y mecanismos de control e inspección.
- Título VI: Medidas de seguridad.
- Título VII: Participación y colaboración de las organizaciones no gubernamentales.

Según podemos apreciar en su Exposición de Motivos, el Real Decreto 162/2014 nace "...con la finalidad de satisfacer, de una parte, la necesidad legal de desarrollar reglamentariamente las novedades introducidas en la LOEX por la Ley Orgánica 2/2009, en el ejercicio del mandato expreso que su disposición adicional tercera dirige al Gobierno; de otra, la necesidad material de regular aspectos del funcionamiento de los CIE, regulando el régimen de internamiento de extranjeros de forma específica y completa mediante una norma que venga a sustituir a la Orden del Ministerio de la Presidencia, de 22 de febrero de 1999". Todo ello, sin perjuicio de la obligación de incorporar al ordenamiento jurídico español los aspectos regulados en la Directiva de Retorno Europea.

Por otro lado, cabe mencionar que poco tiempo después de su promulgación el Tribunal Supremo ha anulado, mediante Sentencia de 10 de febrero de 2015, cuatro artículos del Real Decreto 162/2004, los que detallamos a continuación:

- Los dos primeros artículos que se declaran inválidos y nulos son los incisos "en la medida de lo posible" del artículo 7.3 párrafo segundo, y " y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar" del artículo 16.2 k), dado que dichos preceptos, según el TS, vulneran lo establecido en el artículo 17.2 de la Directiva 2008/115/CE, que establece:

"las familias internadas en espera de expulsión se les facilitará alojamiento separado que garantice un grado adecuado de intimidad."

En este caso el máximo Tribunal consideró que los incisos anulados, no garantizan adecuadamente el derecho a la intimidad familiar establecido en la norma europea que los reconoce de manera incondicionada, por cuanto se subordinaba dicho derecho a las posibilidades del Centro. Asimismo, el TS aclara que dicho derecho comprende no solo a las familias que tengan hijos, sino también a aquellas que no los tienen. De igual forma debemos mencionar que el TS fue más allá, declarando inaplicable el inciso del artículo 62 bis 1.i) de la Ley de Extranjería: "y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar", por cuanto constituye, desde el punto de vista del

Tribunal, una errónea transposición de lo establecido en la Directiva 2008/115/CE.

- Otro artículo declarado inválido y nulo por el Supremo es el 21.3, que establece:

"Podrá solicitarse un nuevo internamiento del extranjero, por las mismas causas que determinaron el internamiento anterior, cuando habiendo ingresado con anterioridad no hubiera cumplido el plazo máximo de sesenta días, por el período que resta hasta cumplir éste".

En este caso, el TS consideró que tal inciso resulta contrario a lo establecido en el artículo 62.2 de la Ley de Extranjería, que impide la decisión de un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente, así como los internamientos sucesivos en los CIE más allá de los 60 días. Como puede apreciarse el precepto impugnado permitía, en los supuestos de internamiento por un plazo menor a 60 días, que posteriormente a su salida del Centro pudiera acordarse un nuevo internamiento en el marco del mismo expediente de expulsión y basándose en las mismas circunstancias que determinaron el internamiento anterior. Esta disposición a todas luces contravenía lo establecido en la LO 4/2000, que prohíbe de manera taxativa e incondicionada un nuevo internamiento por las mismas causas en un mismo expediente.

- Asimismo, el alto Tribunal declaró inválido y nulo el artículo 55.2 párrafo primero que establecía:

“2. En situaciones excepcionales, y cuando sea necesario para garantizar la seguridad del centro o existan motivos racionalmente fundados para creer que el interno pudiera esconder objetos o sustancias prohibidas o no autorizadas, se podrá realizar el registro personal del mismo, incluso con desnudo integral si fuera indispensable, el cual se practicará por funcionarios del mismo sexo que el interno, en lugar cerrado y sin la presencia de otros internos, preservando en todo momento su dignidad e intimidad...”

En este caso, el TS consideró que la formulación de dos requisitos distintos y alternativos para proceder a un registro personal -con o sin desnudo integral-, como lo son la seguridad en el centro o las sospechas sobre el interno, no se ajusta a la interpretación del Tribunal Constitucional en su STC 17/2013 de 31 de enero, ni respeta los principios de necesidad y proporcionalidad, al ponderar el equilibrio entre el bien jurídico protegido (la seguridad en el centro) y los derechos del interno; principios también exigidos expresamente por la propia Sentencia constitucional. Al respecto, establece que deben aplicarse las medidas de registro personal contempladas en el artículo 62 quinquies, apartado 1, de la LO 4/2000, que establece que los desnudos integrales sólo podrían producirse: "en situaciones excepcionales" y cuando resultase "necesario para garantizar la seguridad del centro", respecto de aquellos internos sobre los que existiesen "motivos racionalmente fundados para creer que el interno pudiera esconder objetos o sustancias prohibidas o no autorizadas".

Por otra parte, según el Reglamento de los CIE el Ministerio del Interior también es competente para la prestación de servicios de asistencia sanitaria y social en los centros, contemplándose la posibilidad de que tales prestaciones puedan concertarse con otros ministerios o con entidades públicas o privadas, estableciendo que se procurará que las condiciones sanitarias y sociales en todos los centros sean similares. De igual forma, se ha previsto que los CIE se creen, modifican o suprimen mediante orden del Ministerio del Interior y cuando concurren situaciones de emergencia, pudiendo habilitarse otros centros de ingreso temporal o provisional. Esta disposición no es nueva, por cuanto en el año 2012 el Ministerio del Interior dispuso el cierre de los CIE de Málaga y el de Fuerteventura, el primero de ellos, por las pésimas condiciones de internamiento de los extranjeros reclusos y el segundo, por la disminución significativa de la población de internos. Asimismo, en lo referente a la habilitación de centros temporales debemos resaltar el hecho de que, en ciertas épocas del año, en el Aeropuerto de Barajas se habilitan zonas de internamiento temporal de extranjeros sometidos a órdenes de devolución o retorno. De igual forma, cuando la población de extranjeros irregulares sobrepasa la capacidad del CIE de Algeciras, el Ministerio suele habilitar un CIE temporal en Tarifa.

En lo referente a la estructura de los centros, en cada centro deberán existir las siguientes unidades y servicios:

- Dirección.
- Unidad de seguridad.
- Administración.
- Junta de coordinación.
- Secretaría.
- Servicio de asistencia sanitaria.
- Servicio de asistencia social, jurídica y cultural.

En el Reglamento se otorga un rol protagónico a la Dirección del Centro, dotándole de las siguientes facultades:

- a) Aprobación de normas de régimen interior;
- b) Adopción de medidas necesarias para garantizar el orden y la convivencia;
- c) Ejecución de resoluciones de la autoridad judicial;
- d) Disponer el sometimiento a reconocimiento médico de los internos por razones de salud pública;
- e) Autorización de visitas fuera de los horarios establecidos.

Es importante señalar que la Dirección del Centro no posee facultades sancionadoras, ya que no existe en la Ley de Extranjería un catálogo de infracciones y sanciones que permitan la aplicación de las mismas por parte de este órgano. Por otro lado, debemos señalar que la Junta de Coordinación tiene un carácter consultivo, a la cual se acude en caso de adopción de decisiones marco del Centro, pero cuya decisión no es vinculante. Entre sus competencias se incluyen la participación en normas de régimen interior, instrucciones, elaboración de informes, etc. Según lo establecido en el art. 9.3.b) del Reglamento, en lo referente a las normas de régimen interior y convivencia, le corresponde implementarlas al Director del CIE, previa consulta con la junta de coordinación. Por otro lado, el art. 39 del mismo cuerpo normativo otorga al Director la facultad para determinar el horario y las medidas de régimen interior que tengan como finalidad garantizar la seguridad, el orden del centro y la pacífica

convivencia entre los internados; como podemos apreciar, la “seguridad y orden del centro” se toman como justificación de tales medidas¹¹²³. Como hemos visto, las normas de régimen interior son aprobadas por el Director del CIE y para constituirse como tales deben estar publicadas, al respecto el Tribunal Constitucional¹¹²⁴ señala que las normas de régimen interior pueden implicar restricciones, debido a que tienen como finalidad asegurar la convivencia en el centro, pero deberán basarse en una previsión legal que tenga a su vez justificación constitucional.

Debemos señalar que el artículo 57 del RD 162/2014 establece la posibilidad de que el Director acuerde medidas de contención y separación de los internos, entre ellas la separación preventiva del interno en habitación individual, entre otras medidas, las cuales deberán adoptarse con resolución motivada y notificada previamente al interno, salvo cuando concurren razones de urgencia que justifiquen su inmediata aplicación. Asimismo, se prohíbe la adopción de dichas medidas en los casos de mujeres gestantes o mujeres que hubiesen terminado el embarazo en los nueve meses anteriores, las madres lactantes, las mujeres que tuvieran hijos menores consigo y las personas convalecientes de enfermedad grave. El Director tiene la obligación de comunicar al Juez de Control la adopción de dichas medidas y los hechos que las justifican.

Sin embargo, debemos recalcar que como hemos advertido anteriormente, en los CIE no existe un régimen formal de sanciones, vale decir que ni la Ley de Extranjería, ni su Reglamento, ni el Reglamento de los CIE establecen catálogo alguno de infracciones y sanciones derivadas del comportamiento de los internos en el Centro; lo cual desde nuestro punto de vista constituye un vacío normativo grave. Ante la falta de normativa, el buen comportamiento de los internos es regulado por las medidas de contención y separación a las que hemos hecho referencia, esta falencia trae como consecuencia que las personas a las que se les aplique, no conozcan las consecuencias

¹¹²³ AGUADO I CUDOLÀ, V., “El régimen jurídico de los Centros de Internamiento de Extranjeros”, cit., pág. 16.

¹¹²⁴ STC 17/2013, de 31 de enero.

de sus actos, ni la forma de defenderse de la aplicación de estas medidas, entre otras limitaciones a su derecho a la legítima defensa¹¹²⁵.

Al respecto existe jurisprudencia que pone de manifiesto el carácter sancionatorio de las medidas de contención y separación, como la desarrollada por el Juzgado de Control de Madrid¹¹²⁶ que estableció que deberán comunicarse al Juzgado todas las medidas de sanción aplicadas y en especial las referidas a las salas de aislamiento, asimismo establece¹¹²⁷ una diferencia entre una medida provisional de aislamiento (de máximo 24 horas) y una sanción de aislamiento (mayor de 24 horas), la cual exigirá un procedimiento de sanción que permita la defensa de la persona; de igual forma estableció¹¹²⁸ que al interno al cual se le aplica la medida de separación, deberá facilitársele la posibilidad de acudir al Juzgado de Control, ordenándose además que debe ser informado de la medida y si no habla el castellano, deberá informársele de ello a través de un intérprete. En similar sentido se pronuncia el Juzgado de Control de Murcia¹¹²⁹. Como podemos apreciar, las medidas de contención y separación constituyen en la praxis sanciones dentro de la dinámica del control interno de los Centros de Internamiento de Extranjeros. En ese sentido el Consejo de Estado¹¹³⁰ ha establecido que:

“La inexistencia de un régimen legal de infracciones y sanciones, lejos de ser una ventaja para los internos, representa un serio perjuicio. Una norma sancionadora implica garantías de procedimiento y de tutela judicial, ampliamente desarrolladas a partir de la Constitución. Su ausencia supone una no pequeña dificultad para el mantenimiento del orden y de la convivencia pacífica por parte de los funcionarios que la tienen confiada- Esto conlleva un riesgo evidente de instauración de “sanciones por la vía de hecho”, en definitiva de abusos, al albur del funcionario de turno, que pueden llegar a ser contrarias a la dignidad de la persona y a sus derechos fundamentales. Incluso, en casos extremos, pudieran ser constitutivas de delitos, aunque con enormes dificultades de prueba.”

¹¹²⁵ RÍOS, J., SANTOS, E. y ALMEIDA, C., *Manual para la defensa de los derechos humanos...*, cit., pág. 161.

¹¹²⁶ Auto del Juzgado de Control de Madrid, de 28 de enero de 2010.

¹¹²⁷ Auto del Juzgado de Control de Madrid, de 11 de febrero de 2010.

¹¹²⁸ Auto del Juzgado de Control de Madrid, de 20 de diciembre de 2010.

¹¹²⁹ Auto del Juzgado de Control de Murcia de 16 de julio de 2013.

¹¹³⁰ Dictamen del Consejo de Estado de 13 de febrero de 2014 – Expediente N°: 1292/2013-INTERIOR. Disponible en: <<http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-1292>>, fecha de consulta 31 de enero de 2015.

Según AGUADO¹¹³¹, el derecho administrativo sancionador ha alcanzado un alto grado de garantías que se ha forjado tanto a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, como de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Según el autor, una tipificación clara de las conductas sancionables evitaría posibles arbitrariedades, haciendo posible dirimir las posibles conductas infractoras a través de un procedimiento que permita el derecho a la legítima defensa de los internos. Nosotros coincidimos plenamente con esta postura, porque la indeterminación de conductas infractoras y sanciones no es saludable para el funcionamiento de los CIE, dado que en la práctica siempre se van a presentar problemas de convivencia y conductas que no se correspondan con las normas del Centro, para lo cual resulta imprescindible que exista un catálogo de conductas consideradas infractoras y su correspondiente sanción; caso contrario se originaría que dichas sanciones sean aplicadas a discreción de las autoridades del Centro, dejando en la indefensión a los receptores de las medidas sancionatorias.

Por su parte, los puestos de trabajo de las unidades y servicios que integran los centros que impliquen funciones de dirección y seguridad, serán desempeñados por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, cuya actuación deberá ceñirse a los principios y a las normas de conducta establecidos en la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad y en su normativa de desarrollo. Corresponderá a empleados de las administraciones públicas el ejercicio de los demás servicios de carácter asistencial, logístico y administrativo. Cabe precisar, que en lo referente a la Asistencia Sanitaria, el Reglamento establece que debe estar a cargo de un médico perteneciente a la Administración General del Estado, es decir dicha labor no puede ser ejercida por un médico particular, sin embargo hay algunos CIE en los cuales la asistencia sanitaria se ha delegado a una Mutua Privada, como veremos con detalle más adelante. El Reglamento de los CIE también prevé aspectos de carácter asistencial, en donde se busca la colaboración de entidades públicas y privadas para participar en la gestión y prestación de servicios sociales y religiosos, como es el caso de la Cruz Roja, CARITAS y la Comisión Islámica de España.

¹¹³¹ AGUADO I CUDOLÀ, V., “El régimen jurídico de los Centros de Internamiento de Extranjeros”, cit., pág. 17.

En lo que respecta a las instalaciones, el artículo 6 del Real Decreto 162/2014, señala que el CIE dispondrá adicionalmente de los medios personales y materiales necesarios de las siguientes instalaciones:

- Dirección y administración.
- Control de entrada y salida.
- Servicio de vigilancia.
- Asistencia sanitaria.
- Asistencia social, jurídica y cultural.
- Comedor.
- Alojamiento de los internos.
- Aseos y duchas.
- Locutorio para abogados y sala de visitas.
- Espacios adecuados para el esparcimiento y recreo.

En cuanto a la infraestructura el Reglamento de los CIE establece que todas las instalaciones y dependencias, deberán satisfacer las condiciones de accesibilidad e higiene y estar acondicionadas de manera que el volumen de espacio, ventilación, agua, alumbrado y calefacción se ajusten a las normas de habitabilidad y a las condiciones climáticas del lugar donde se encuentre el centro, además de estar equipadas de mobiliario suficiente. Asimismo, los centros dispondrán de módulos independientes para permitir la separación de los internos por sexos, contarán además con servicio de asistencia sanitaria con disponibilidad de personal, instrumental y equipamiento necesario para la atención permanente y de urgencia de los internos; por último, debemos señalar que los centros deberán contar con un número suficiente de teléfonos públicos para uso de los internos en los horarios y condiciones que se determinen.

Lo que acabamos de reseñar constituyen las previsiones formales del Reglamento, sin embargo, como veremos más adelante, muchas de estas exigencias estructurales y de infraestructura no se cumplen o, en el mejor de los casos, se han implementado deficientemente en cada uno de los CIE.

1.1.2 Procedimientos de actuación

Los procedimientos de actuación, llámese ingresos, salidas y conducciones de los internos, se encuentran regulados en el título III del Reglamento, haciéndose especial hincapié en lo referente a la información de derechos al interno, así como en los requisitos y garantías necesarios para la realización de estos trámites.

En cuanto a las condiciones de ingreso, y especialmente a lo relacionado a la información de los derechos de los internos en el momento de su ingreso, debemos señalar que, entre otras disposiciones, la persona, al momento de su ingreso al Centro, será objeto de un examen personal y le serán retirados los objetos prohibidos, se le realizará un examen médico y será entrevistado por el servicio de asistencia social del CIE. Asimismo, los responsables del centro comunicarán el ingreso del extranjero en el centro al abogado que conste en el respectivo expediente, a la embajada o consulado del país del interesado y al Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación. De igual forma, se le permitirá realizar una llamada telefónica gratuita a un familiar o amigo y a su abogado. El extranjero al ingresar en el Centro de Internamiento, podrá entregar para su depósito en caja fuerte los objetos de valor y el dinero, así como los equipajes y objetos que no sean de utilidad para su estancia en el centro, pudiendo acceder a sus propiedades dentro de los horarios establecidos en las normas de régimen interior de cada CIE¹¹³², dichos objetos le serán devueltos en el momento de su salida del centro.

En lo referente a los traslados y desplazamientos, éstos deberán ser debidamente diligenciados en el libro- registro de traslados y desplazamientos; el traslado de un interno será ordenado por el Juez que ordenó el internamiento, mientras que su desplazamiento momentáneo para actuaciones judiciales fuera del centro o por motivos de salud, será acordado por el Director del CIE.

En lo que respecta a la salida del CIE, el cese del ingreso será adoptado por el Director del centro (poniéndolo en conocimiento de la autoridad judicial competente) en los siguientes casos:

¹¹³² Cada CIE se organiza de manera diferente en cuanto a horarios y normas internas, a pesar de que deberían tener un mismo régimen interior debido a su naturaleza.

- Cuando lo acuerde la autoridad judicial competente o la Comisaría General de Extranjería y Fronteras;
 - Cuando se tenga constancia de que la expulsión, devolución o regreso no podrá llevarse a efecto;
 - Cuando se cumpla el plazo establecido en el auto judicial de ingreso o en su prórroga o venza el plazo máximo de sesenta días;
 - Cuando se vaya a proceder a la inmediata ejecución de la orden de expulsión, devolución o regreso;
 - Cuando existan razones médicas, debidamente fundadas y justificadas por el facultativo del centro, que se consideren necesarias para la salud del interno.
- Se dejará constancia de la salida en el libro-registro de entradas y salidas.

Como ya se ha señalado, al momento de la salida se devolverán al interno todas las pertenencias previamente depositadas y se le entregará un certificado del periodo de internamiento y, si debiera proseguir algún tratamiento médico, informe facultativo sobre su situación sanitaria y propuesta terapéutica.

1.1.3 Normas internas de convivencia

En lo referente a las normas de convivencia que contempla el Título IV del Reglamento podemos destacar:

- a) Con respecto al horario, es el Director quien previa consulta con la Junta de Coordinación el que estipula el horario del centro, el cual debe de garantizar ocho horas de sueño, además deben respetarse los horarios de comida y permitirse, al menos, cuatro horas de paseo durante el día; estos horarios tiene por finalidad procurar la seguridad y convivencia pacífica dentro del centro. Fuera de los horarios establecidos, los internos pueden permanecer en una sala de estar equipada con prensa diaria, televisor y mobiliario, entre otras cosas. La Dirección debe garantizar y respetar la libertad religiosa de los internos así como su culto y ejercicio, respetando sus dietas, ritos o días de fiesta.

b) Los internos pueden comunicarse libremente mediante entrevistas en un horario fijado previamente con su abogado, Representantes Diplomáticos o familiares, siempre y cuando las instalaciones lo permitan. Cuando no sea así, éstas se restringirán durante la semana y también se verá limitada la duración de la visita. Estas visitas deberán de ser privadas y se realizarán en instalaciones dedicadas expresamente para ello, tales como un locutorio de abogados o sala de visitas, para evitar el posible no entendimiento y la falta de intimidad.

c) Las visitas vendrán reguladas por un régimen interior en cada CIE, que los visitantes deben conocer. Además, los visitantes deberán de someterse a un examen previo, por si portaran instrumentos o material que se considerara peligroso para la seguridad del centro.

d) Solo se podrán tomar grabaciones y fotografías en caso de que el interno lo autorice, y sólo si no afectaran a la imagen de terceras personas o a la seguridad del centro. En caso contrario, se podría pedir al interesado que se deshaga y borre las grabaciones realizadas y, en caso de negarse, la policía nacional a cargo de los CIE, procederá a la incautación.

e) Las comunicaciones telefónicas se realizarán en un horario determinado, pudiendo ser diariamente mediante los teléfonos de uso público situados en las zonas comunes, sometidos a la tarifa vigente que correrá a cargo de los interesados.

f) En relación con las comunicaciones también encontramos el envío y recepción de correspondencia, la cual no podrá ser registrada, así como la recepción de entregas y paquetes que deberá facilitarse, siempre y cuando hayan sido sometidos a un control externo.

1.2 Número de CIE en funcionamiento

En la actualidad existen 7 Centros de Internamiento para Extranjeros- CIE que se encuentran en pleno funcionamiento, así como 2 Centros de Estancia Temporal para Inmigrantes (CETI) en Melilla y Ceuta, además de varios Centros de retención de

naturaleza provisional¹¹³³. Al respecto debemos señalar que el artículo 5º del Reglamento de los CIE, atribuye la competencia para crear centros con carácter permanente al Ministro del Interior y prevé la posibilidad para, en caso de necesidad, habilitar centros con carácter temporal o provisional, lo cual fue declarado legal por el Tribunal Supremo¹¹³⁴ en el año 2015.

Debemos recalcar que los CIE no son centros penitenciarios, es decir, las personas que son internadas no están cumpliendo una pena por haber cometido un delito o falta tipificada en el Código Penal español, sino como ya hemos dicho, son ingresados en cumplimiento de una medida cautelar, cuya finalidad es garantizar su expulsión del territorio español.

Por su parte existen en el estado español otros centros de internamiento de naturaleza informal, nos referimos a aquellos que deben improvisarse en las costas del sur de España, muchas veces por las oleadas de embarcaciones que llegan cargadas de inmigrantes provenientes de África, o en su defecto en ciertas épocas del año en el Aeropuerto de Barajas, según se denuncia en varios informes de algunas ONG como Andalucía Acoge, CEAR, entre otras. Se han utilizado como CIE diversos lugares informales, como es el caso del antiguo cocedero de mariscos del Puerto de Almería y la denominada “Sala 4” del aeropuerto de Barajas, que es un CIE significativamente importante, pues según afirmaba “La Voz de Galicia”¹¹³⁵ en enero de 2004 era el mayor del Estado Español, a pesar que no figura en la relación de los CIE oficiales es de suma importancia debido al volumen de personas retenidas en ese lugar, ya sea por la llegada a España, al constatar alguna irregularidad en los requisitos de entrada o bien al ser concentradas para ser expulsadas a sus respectivos países.

Como hemos señalado, los Centros de Internamiento están gestionados por la Policía Nacional y dependen del Ministerio del Interior. Este modelo de custodia policial es al parecer fuente de numerosos problemas, dado que la Policía no estaría adecuadamente formada para gestionar privaciones largas de libertad a personas que no

¹¹³³ Así se expresa en diversos informes de ONG como Andalucía Acoge, CEAR, entre otros. También puede consultarse: La Voz de Galicia, “Barajas el mayor centro de internamiento de extranjeros”, publicación del 31 de enero de 2004, fecha de consulta 16 de junio de 2015.

¹¹³⁴ STS de 10 de febrero de 2015, F.J. 2.

¹¹³⁵ LA VOZ DE GALICIA, “Barajas el mayor centro de internamiento de extranjeros”, cit.

son delincuentes, por lo que en muchos casos se presentan problemas de malos tratos y hacinamientos que más adelante pondremos de manifiesto.

A continuación expondremos una lista indicativa de los Centros de internamiento que existen formalmente en España. Sin embargo queremos precisar que los problemas detectados en cada uno de ellos serán materia de análisis en los próximos apartados.

a) ALUCHE en Madrid

Ubicado en la Comunidad Autónoma de Madrid, llamado Centro de Internamiento de Carabanchel, ocupa las instalaciones de la antigua cárcel del mismo nombre, es también conocido como “El ‘Guantánamo español’”. Fue inaugurado en junio de 2005 sustituyendo al antiguo CIE de Moratalaz, cuyas condiciones fueron denunciadas en su oportunidad por la Comisión de Derechos Humanos de la Asamblea de Madrid y fue objeto de numerosas denuncias por malos tratos. Con una capacidad para 280 personas (240 hombres y 40 mujeres), centraliza un gran número de las expulsiones de extranjeros de España¹¹³⁶. En las habitaciones, que oscilan entre los 21 y 40 metros cuadrados, viven entre 6 y 8 personas.

Las denuncias por malos tratos que este Centro ha recibido han sido numerosas y muy serias, entre ellas la muerte de la ciudadana congoleña Zamba Martine en el año 2011 quien falleció en extrañas circunstancias tras 38 días de internamiento (el relato de los hechos será detallado más adelante). Según PUEBLOS UNIDOS¹¹³⁷, este Centro, adolece de serios problemas de infraestructura, servicios y condiciones de internamiento.

b) CIE de La Piñera (Algeciras) e Isla de las Palomas (Tarifa)

¹¹³⁶ MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA- DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe Anual 2016*, Madrid, 2017.

¹¹³⁷ PUEBLOS UNIDOS- FUNDACIÓN SAN JUAN, *Situación actual de los centros de internamiento de extranjeros en España y su adecuación al marco legal vigente*, 2015, cit., pág. 21.

Dichos Centros de Internamiento se encuentran ubicados en la Comunidad Autónoma de Andalucía. Formalmente solo se encuentra reconocido el CIE de la Piñera en Algeciras, aunque resulta importante mencionar también la existencia del CIE de Isla de las Palomas en Tarifa, que depende orgánicamente del de Algeciras.

En lo referente al CIE de Algeciras, debemos señalar que funciona desde el año 2003 en el edificio de la antigua cárcel de esa ciudad y tiene una capacidad para albergar 350 personas. LA ACCIÓN PRO DERECHO HUMANOS DE ANDALUCÍA¹¹³⁸ ha constatado deficiencias en las instalaciones, en la dotación para las condiciones de las personas, hacinamiento por temporadas, irregularidades jurídicas, sistema de visitas muy restrictivo, dificultades de comunicación con el exterior, etc. Es uno de los CIE con mayores problemas en cuanto a las condiciones de internamiento¹¹³⁹, como veremos más adelante.

El Defensor del Pueblo, a través del Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura, en sus Informes de los años 2010, 2012 y 2014 ha recomendado el cierre de este CIE. Tal como se reflejaba en el párrafo 254 del Informe anual de 2010 y 45 del 2012, esta Institución consideraba que se debía proceder al cierre de, al menos, dos de los ocho CIE que habían sido visitados, en concreto, los de Málaga y Algeciras. El de Málaga fue cerrado en el año 2012, pero hasta la actualidad el de Algeciras continúa en funcionamiento, a pesar que no reúne las condiciones adecuadas exigibles a un centro de su naturaleza, incluso luego de las reformas efectuadas en el mismo.

Por su parte, el CIE de Isla de las Palomas ubicado en Tarifa (Cádiz), es un Centro de Acogida de inmigrantes irregulares situado en la antigua base militar de Tarifa, la cual cuenta con unas instalaciones en desuso, ruinosas y en pésimas condiciones de habitabilidad. El uso de dichas instalaciones como CIE fue una medida provisional tomada en el año 2002, motivada por la importante llegada de inmigrantes a las costas de Cádiz; sin embargo en la actualidad ha perdido su provisionalidad, pasando a convertirse en una ampliación del CIE de Algeciras.

¹¹³⁸ PERNIA IBAÑEZ, L, RODRÍGUEZ CANDELA, J.L, RUÍZ ENCISO, G, *Centros de Internamiento de Extranjeros, cárceles encubiertas*, GAKOA, Málaga, 2008, pág. 48.

¹¹³⁹ PUEBLOS UNIDOS- FUNDACIÓN SAN JUAN, *Situación actual de los centros de internamiento de extranjeros en España y su adecuación al marco legal vigente*, 2015, cit., pág. 23.

c) CIE de Zapadores (Valencia)

Ubicado en la Comunidad Autónoma de la Comunidad Valenciana, Provincia de Valencia, funciona en las instalaciones del viejo cuartel del mismo nombre, inicialmente contaba con capacidad para 150 personas, con un área de 2.349 metros cuadrados dividida en tres plantas.

Al parecer este Centro de Internamiento, como veremos más adelante, adolece de defectos de infraestructura, según PUEBLOS UNIDOS este edificio construido dentro de las instalaciones policiales “*necesita una reforma, tal y como aseguran miembros de la Policía*”¹¹⁴⁰, cabe señalar que la última “reforma” del CIE de Zapadores, fue una fumigación por la plaga de chinches a finales del año 2014. En este Centro existe una falta de información oficial, ya que ni siquiera se conoce el número exacto de personas que pueden ocuparlo, los datos recabados en el informe de PUEBLOS UNIDOS apuntan a que existen 156 plazas.

d) CIE de Zona Franca (Barcelona)

Este Centro de Internamiento ubicado en la Comunidad Autónoma de Cataluña, Provincia de Barcelona, sustituyó al CIE de “La Verneda” ubicado en la comisaría del mismo nombre, fue inaugurado en agosto del año 2006 y tiene una capacidad para 226 personas. Al parecer sus condiciones de internamiento no distan mucho de las de los demás CIE de España, habiendo acentuado características penitenciarias con respecto al de La Verneda. En las visitas realizadas en los años 2013 y 2014¹¹⁴¹, pudimos constatar que las salas de visitas tenían mamparas que separaban a los internos de sus familiares, impidiendo todo contacto físico entre ellos.

En los últimos años se han incrementado las denuncias por malos tratos, pero también por la muerte de dos internos, en el 2012 la del ciudadano guineano Idrissa

¹¹⁴⁰ PUEBLOS UNIDOS- FUNDACIÓN SAN JUAN, *Situación actual de los centros de internamiento de extranjeros en España y su adecuación al marco legal vigente*, 2015, cit., pág. 34.

¹¹⁴¹ Como parte del trabajo de investigación realizado, hemos realizado algunas visitas a este Centro de Internamiento, gracias a la colaboración de MIGRASTUDIUM.

Diallo de 21 años y en el año 2013 la muerte del ciudadano armenio Alik Manukyan de 32 años, ambas en condiciones aún no esclarecidas.

e) CIE de Sangonera La Verde (Murcia)

Ubicado en la Comunidad Autónoma de Murcia, denominado Centro de Sangonera la Seca o Sangonera la Verde, fue inaugurado en el año 1993, sin embargo desde su inauguración se mantuvo cerrado por varios años, siendo reabierto el último trimestre del año 2010, tiene una capacidad para albergar a un total de 160 personas, pero mayormente se cubre el 50% de su capacidad.

Según PUEBLOS UNIDOS, presenta algunos problemas como ausencia de celdas separadas y falta de inodoros en las mismas. Existe asistencia sanitaria permanente de carácter general, pero no asistencia psicológica, psiquiátrica ni bucodental, tampoco hay protocolos de actuación para enfermedades infecciosas, ni programas de rehabilitación de drogodependientes.

Asimismo, se han constatado dificultades para expresar las quejas de los internos, trato humillante en los registros, limitaciones del uso del patio exterior por razones ajenas al comportamiento de los internos o existencia de videocámaras y práctica de grabaciones en zonas comunes pero no en celdas y aseos. Sin embargo, es uno de los CIE con menos denuncias por malas condiciones de internamiento.

f) CIE de Barranco Seco (Las Palmas)

Ubicado en la Comunidad Autónoma de Islas Canarias en las Palmas de Gran Canaria, su funcionamiento se inició en 1998 en la antigua cárcel provincial de Las Palmas, cuenta con una capacidad para 168 personas. Ha sido también motivo de denuncias por condiciones deplorables y malos tratos a los internos. Cabe destacar la denuncia realizada por el Sindicato Unificado de Policía (SUP), que integra a todas las escalas y categorías del Cuerpo Nacional de Policía, que denunció el deplorable estado en el que se encuentran muchas de las instalaciones de los CIE existentes en España,

como es el caso del de Barranco seco en las Palmas de Gran Canaria, el de Zapadores en Valencia, o el de Algeciras¹¹⁴².

g) CIE de Hoya Fría en Tenerife

Ubicado en la Comunidad Autónoma de Islas Canarias en la Isla de Tenerife, abrió sus puertas en el año 2003 y tiene una capacidad total de 236 plazas. Al parecer es el Centro que ha recibido menos denuncias en los últimos años, pues cuenta con una infraestructura moderna, sin embargo ha sido materia de una observación por parte de la Defensoría del Pueblo en el año 2014¹¹⁴³ en la que se sugiere dictar las instrucciones oportunas para que la dirección del CIE gestione la elaboración de un informe médico para cada interno, sin información médica confidencial, en el cual se certifique que se ha realizado el reconocimiento médico al ingreso y que no existe inconveniente, desde el punto de vista médico, para que permanezca en las instalaciones. Según fuentes del Gobierno Central posee una dotación e infraestructura “modélica”.

Este CIE alberga a los extranjeros reclusos en el CIE de Barranco Seco, cuando las condiciones en aquel centro no lo permiten y en la actualidad alberga un promedio de 80 personas.

Por otro lado, queremos mencionar el CIE del Matorral ubicado en Fuerteventura, que ha sido cerrado en el año 2012 por falta de población, pero que sin embargo podría ser reabierto si en el futuro se requiere albergar a más extranjeros irregulares. Es el CIE más grande de España con capacidad para 1.080 personas, comenzó a funcionar en el año 2001, sustituyendo al antiguo centro militar situado en las instalaciones del aeropuerto, que había originado una fuerte denuncia sobre las terribles condiciones de los detenidos. Durante la época de mayores llegadas de pateras a las Islas Canarias, el centro funcionaba en dos zonas: Por un lado, dos grandes naves con una capacidad para 350 personas cada una, dotadas de un baño y alguna ducha y por el otro lado, pequeñas celdas dotadas de veinte literas cada una.

¹¹⁴² http://www.eldiario.es/canariasahora/sociedad/Sindicato-Unificado-Policia-CIES-Barranco_0_487152043.html. Fecha de consulta 04/05/2016.

¹¹⁴³ MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA- DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe Anual 2014*, Madrid, 2015, párrafo 97, pág. 59.

1.3 Breve referencia a los Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes- CETI

De igual forma no queremos dejar de mencionar a los Centros de Estancia Temporal de Inmigrantes de las ciudades autónomas de Ceuta y de Melilla (desde ahora CETI), que son establecimientos de la Administración Pública concebidos como dispositivos de primera acogida, destinados a conceder servicios y prestaciones sociales básicas, en aplicación de lo establecido en los artículos 264 a 266 del Reglamento de Extranjería. Dichos establecimientos, están destinados a prestar servicios sociales básicos al colectivo de inmigrantes y de solicitantes de asilo u otras formas de protección internacional, que acceden de manera irregular a las Ciudades Autónomas, bien sea por vía terrestre o marítima.

Las personas que se encuentran acogidas son libres, tanto de acceder como de abandonar el Centro a su voluntad. Los servicios básicos prestados en los CETI son alojamiento, vestuario, manutención, limpieza e higiene y seguridad; a ellos se suman servicios especializados (programas sanitarios, de formación, actividades de ocio, deporte y cultura, asesoramiento jurídico e intervención social) orientados a la integración en la sociedad española de los extranjeros que viven en ellos.

Dichos Centros forman parte de la Red Pública de Centros de Migraciones¹¹⁴⁴ y están situados en la proximidad de las fronteras de dichas ciudades extra-peninsulares. A diferencia de los CIE, son centros abiertos, dado que los inmigrantes pueden entrar y salir durante el día y están a cargo del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. La atención interna está derivada a determinadas ONG, hay módulos familiares, programas de educación e integración.

La situación de las personas extranjeras en los CETI es diferente a la de los CIE, ya que los extranjeros no están formalmente detenidos sino en calidad de acogidos,

¹¹⁴⁴ Artículo 264. La red pública de centros de migraciones.

3. La red de centros de migraciones estará integrada por los centros de acogida a refugiados regulados en la Orden Ministerial de 13 de enero de 1989, los centros de estancia temporal de inmigrantes en Ceuta y Melilla, así como, en su caso, por los centros de nueva creación. Los centros integrados en la red de centros de migraciones se regirán por *un estatuto común, sin perjuicio de la posibilidad de que los distintos centros desarrollen programas destinados a colectivos determinados, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior.*

además, los extranjeros tienen la libertad de circular libremente por la respectiva ciudad autónoma pero sin poder ingresar a la península. A pesar de ello, sus condiciones también dejan mucho que desear¹¹⁴⁵, al parecer no se suele informar adecuadamente a las personas extranjeras acerca de su situación en dichos Centros, permaneciendo muchas de ellas durante años en la misma situación¹¹⁴⁶.

A continuación realizaremos una breve descripción de los CETI:

MELILLA.- El CETI de Melilla fue inaugurado en el año 1999, cuenta con 480 plazas en dormitorios y 100 más en tiendas de campaña que son utilizadas cuando son necesarias, sin embargo con frecuencia llega a la saturación, como ocurrió en el otoño del año 2005 tras la masiva llegada de personas, albergando hasta 1.500 inmigrantes, por lo que se hizo necesaria la instalación de carpas del ejército. De igual forma en el 2014 albergó un promedio de 1.338 personas, lo cual como podemos apreciar, excede enormemente su capacidad. En el año 2015 este Centro albergó un total de 9.000 personas, siendo la mayoría de ellos solicitantes de asilo provenientes de Siria¹¹⁴⁷. Según el Defensor del Pueblo¹¹⁴⁸, existe un alto número de menores y de personas con discapacidades físicas severas, que en ciertos meses han excedido la capacidad del Centro.

CEUTA.- El CETI de Ceuta fue inaugurado en el año 2004, cuenta con 512 plazas en condiciones similares a las del CETI de Melilla, pero a diferencia de éste en momentos de saturación, que también se producen con frecuencia, los inmigrantes tienen que dormir fuera del recinto, en ocasiones en la propia calle o en refugios improvisados.

A continuación pasamos a ver la cifra media de ocupación de los CETI desde el año 2005 hasta el 2014:

¹¹⁴⁵ <https://www.diagonalperiodico.net/libertades/centros-estancia-temporal-indefinida.html>, fecha de consulta: 31 de julio de 2016.

¹¹⁴⁶ <http://elfarodigital.es/melilla/sociedad/177969-la-falta-de-informacion-aumenta-la-angustia-de-los-refugiados-del-ceti.html>, fecha de consulta : 31 de julio de 2016.

¹¹⁴⁷ http://cadenaser.com/ser/2016/02/23/sociedad/1456257231_678946.html, fecha de consulta: 31 de julio de 2016.

¹¹⁴⁸ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2015 y Debate en las Cortes Generales*, Madrid 2016, pág. 244.

CUADRO N° 2: Cifras medias de ocupación

Años	Ceuta	Melilla
2005	490	748
2006	556	679
2007	479	504
2008	394	603
2009	426	478
2010	398	492
2011	567	671
2012	443	671
2013	535	773
2014	638	1.338

Fuente: Ministerio del Interior. Elaboración propia

1.4 Datos estadísticos acerca de los CIE

En lo referente a los datos estadísticos de las personas extranjeras que han sido internadas en los CIE existe muy poca información oficial, dado que lamentablemente el Ministerio del Interior, del cual dependen jerárquica y orgánicamente los CIE, no publica las cifras anuales de los internamientos producidos. Al parecer, existe una política de secretismo en el tema, que ha traído como consecuencia que exista, en algunos casos, información dispar entre la Fiscalía General del Estado y la Defensoría del Pueblo en su calidad de Mecanismo de Prevención contra la Tortura, órganos que en sus informes anuales suelen publicar algunos datos sobre este tema.

En el año 2012 por ejemplo, el Ministerio Fiscal en su Informe Anual, señaló que durante el año 2011 hubo 13.241 internos en los CIE, de los cuales 6.825 fueron expulsados. Acerca del mismo periodo el Informe Anual del MNP del año 2011, informó que hubo en España un total de 11.456 internos, de los cuales 6.825 fueron expulsados. Como es de verse, las cifras no coinciden respecto del total de personas internadas en los CIE durante ese año. Al parecer, por dicha razón, la Fiscalía General

del Estado en los años posteriores no ha publicado cifras sobre internamiento de extranjeros, sino que se ha abocado mayormente a cuantificar los informes fiscales que se han emitido sobre el tema, así como las actividades realizadas por los Fiscales en la materia¹¹⁴⁹.

A continuación pasaremos a reseñar las cifras más saltantes en cuanto al internamiento de extranjeros en España.

a) Personas detenidas por infracciones en materia de extranjería

CUADRO N° 3: Número de detenciones por año

Año	Total de detenciones
2011	90.424
2012	59.575
2013	49.406
2014	42.245
2015	36.327

Fuente: Informes Anuales MNP. Elaboración propia

CUADRO N° 4: Número de detenciones por año e internamientos

Año	Total de detenciones	Total de internamientos	Porcentaje
2011	90.424	13.241	14,64%
2012	59.575	11.325	19,00%
2013	49.406	9.002	18,22%
2014	42.245	7.340	17,37%
2015	36.327	6.930	19,07%

Fuente: Informes Anuales MNP. Elaboración propia

¹¹⁴⁹ En los Informes anuales de los años 2012, 2013, 2014 y 2015, el Ministerio Fiscal no ha proporcionado cifras de ocupación de los CIE, pero ha hecho hincapié en el número de informes emitidos en la materia.

En estos primeros cuadros podemos apreciar, que el número de detenciones de extranjeros por infracciones a la Ley de Extranjería en el periodo comprendido entre los años 2011 a 2015 ha ido disminuyendo año a año. Sin embargo, el porcentaje de internamientos ha ido aumentando, tal es así que en el año 2011 el número de detenciones fue de 90.424, de las cuales el 14.64% fueron internadas en un CIE, mientras que en el 2015 se produjeron 36.327 detenciones, de las cuales un 19.07% fueron recluidas en un CIE. Al parecer, desde nuestro punto de vista, las detenciones en materia de extranjería, sobre todo las relacionadas con las denominadas “redadas”, han disminuido notablemente a raíz de los cuestionamientos por parte de las ONG y de parte de la sociedad civil, como también debido a la ya comentada sanción impuesta por la ONU a España en el año 2009.

b) Informes favorables del Ministerio Fiscal

Otro dato que consideramos relevante mencionar, es el referido al número de informes favorables del Ministerio Fiscal respecto a las medidas de internamiento. Como hemos señalado anteriormente, es imprescindible que la medida de internamiento sea adoptada por el Juez previo informe del Fiscal correspondiente que tiene carácter preceptivo. En la Memoria del Fiscal General del Estado del año 2015, se detalla el número de informes favorables y desfavorables por año, de acuerdo al siguiente detalle:

CUADRO N° 5: Informes favorables del Ministerio Fiscal 2009-2010

AÑO 2009		AÑO 2010	
TOTAL: 13.165		TOTAL: 13.506	
A favor	En contra	A favor	En contra
11.299	1.866	9.745	3.761
85.82%	14.18%	72.1%	27.9%

Fuente: Memoria del Fiscal General del Estado año 2011. Elaboración propia

CUADRO N° 6: Informes favorables del Ministerio Fiscal 2011-2015

AÑO 2011		AÑO 2012		AÑO 2013		AÑO 2014	
TOTAL: 14.004		TOTAL: 11.760		TOTAL: 10.063		TOTAL: 8671	
A favor	En contra	A favor	En contra	A favor	En contra	A favor	En contra
10.272	3.732	8.807	2.953	6.988	3.075	6.761	1.860
73,4%	26,6%	75%	25%	69,4%	30,6%	78%	22%

Fuente: Memoria del Fiscal General del Estado año 2015. Elaboración propia

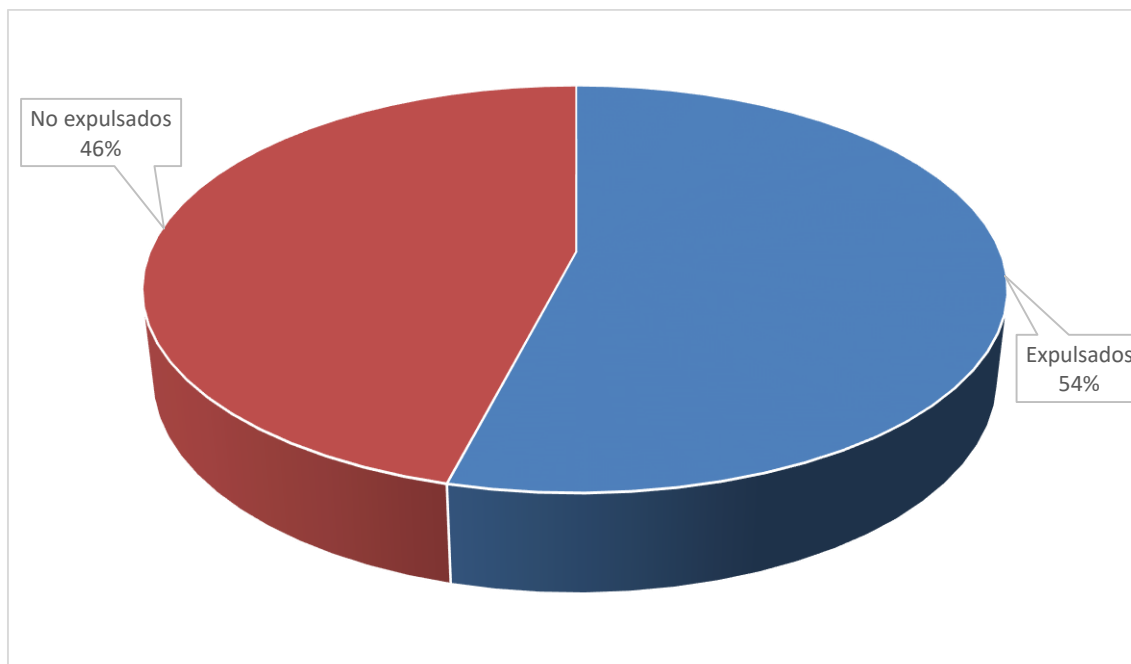
Como podemos apreciar la media de informes favorables para el internamiento por parte de los Fiscales competentes es altísima, siendo la del año 2014 la más alta, puesto que alcanzó el 78%. Estas cifras reflejan que el internamiento resulta una medida que los Fiscales aconsejan en la mayoría de los casos, siendo este informe un referente importante para que el Juez Instructor ordene la medida de ingreso en un CIE.

c) Personas recludas y expulsadas en los CIE (Periodo 2009-2016)

c.1) Año 2009

Según los datos publicados en la Memoria del Fiscal General del Estado del año 2010, fueron internados durante el año 2009 en los CIE un total de 16.590 personas, produciéndose ese año un notable descenso del número de personas internadas con respecto al año 2008 que alcanzó la cifra de 26.032 personas. En el 2009 sólo un 54% de los ingresados fueron expulsados de territorio español, el resto es decir un 46%, fueron recludos sin lograrse la finalidad esperada.

GRÁFICO N° 1: Porcentaje de expulsiones 2009



Fuente: Memoria de Actividades del Ministerio Fiscal 2009. Elaboración Propia

De igual forma el número de expulsiones por CIE, refleja la poca efectividad de la medida, como se puede apreciar en el siguiente cuadro:

CUADRO N° 7: Expulsiones por CIE 2009

CIE	EXPULSIÓN	NO EXPULSIÓN	TOTAL
Algeciras e Isla de las Palomas	1.746	2.066	3.812
Barcelona	1.013	933	1.946
Barranco Seco (Las Palmas)	251	483	734
El Matorral (Fuerteventura)	584	448	1.032
Hoya Fría (Tenerife)	659	685	1.344
Madrid	2.331	1.459	3.790
Málaga	896	215	1.111
Valencia	1.455	321	1.776
TOTAL	8.935	7.655	16.590

Fuente: Memoria del Fiscal General del Estado año 2010. Elaboración propia

Como puede apreciarse en el año 2009, el CIE de Algeciras e Isla de las Palomas, es el que tiene menor número de expulsados. Del total de 3.812 personas

ingresadas, sólo pudo expulsarse a 1.746 (45.80%), es decir que 2.066 personas que representan el 54.2% fueron privadas de su libertad en vano. Por su parte el CIE de Valencia, presentó la mayor tasa de expulsiones de ese año llegando al 82%.

Otro dato que resulta importante observar para analizar el tema, es el porcentaje de hombres y mujeres reclusos en los CIE. A este respecto la información es escasa, debiendo remitirnos también a la Memoria del Fiscal General del Estado del año 2010. A continuación, y con la finalidad de analizar las cifras, detallamos el número de extranjeros internados en cada uno de los CIE por sexo durante el año 2009:

CUADRO N° 8: Total internados hombres y mujeres 2009

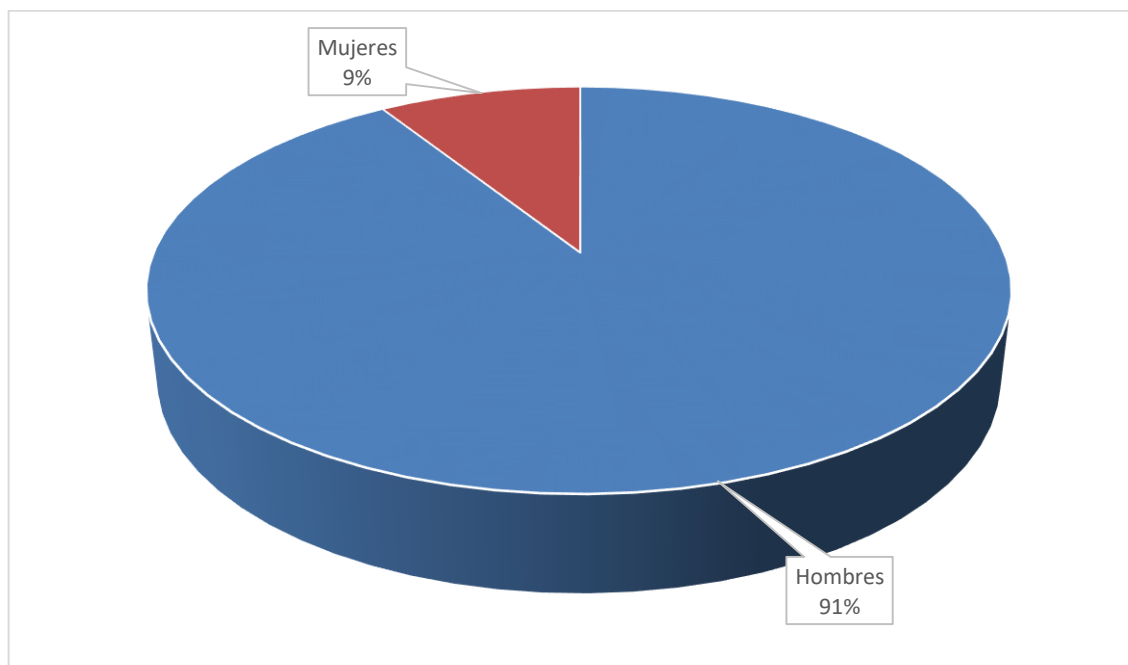
CIE	HOMBRES	MUJERES	TOTAL
Algeciras e Isla de las Palomas	3.702	270	3.972
Barcelona	1.873	72	1.945
Barranco Seco (Las Palmas)	713	49	762
El Matorral (Fuerteventura)	1.005	18	1.025
Hoya Fría (Tenerife)	1.307	23	1.330
Madrid	3.564	710	4.274
Málaga	1.108	215	1.323
Valencia	1.769	190	1.959
TOTAL	15.041	1.547	16.590

Fuente: Memoria de Actividades del Ministerio Fiscal 2009. Elaboración Propia

Como podemos apreciar la diferencia es bastante significativa entre el número de hombres y mujeres que son reclusos en los CIE. En el año 2009 fueron reclusos 15,041 varones y 1.574 mujeres. Como vemos en el siguiente gráfico, el número de

varones alcanzó el 91%, mientras que el de mujeres, solo llegó al 9% del total de personas ingresadas.

GRÁFICO N° 2: Distribución de reclusos por sexo 2009



Fuente: Memoria de Actividades del Ministerio Fiscal 2009 Elaboración Propia

Continuando con el análisis de las cifras de los extranjeros internados, debemos afirmar que durante el año 2009 en todos los Centros de Internamiento, hubo casos en los cuales se excedió el plazo máximo de internamiento, que en dicho año era de 40 días (modificado a 60 días por la LO 2/2009 que modifica la LO 4/2000), siendo el detalle el siguiente:

CUADRO N° 9: Exceso de plazo 2009

CIE	SALIDAS
Algeciras e Isla de las Palomas	110
Barcelona	76
Barranco Seco (Las Palmas)	21

CIE	SALIDAS
El Matorral (Fuerteventura)	27
Hoya Fría (Tenerife)	37
Madrid	226
Málaga	3
Valencia	7
TOTAL	507

Fuente: Memoria de Actividades del Ministerio Fiscal 2009. Elaboración Propia.

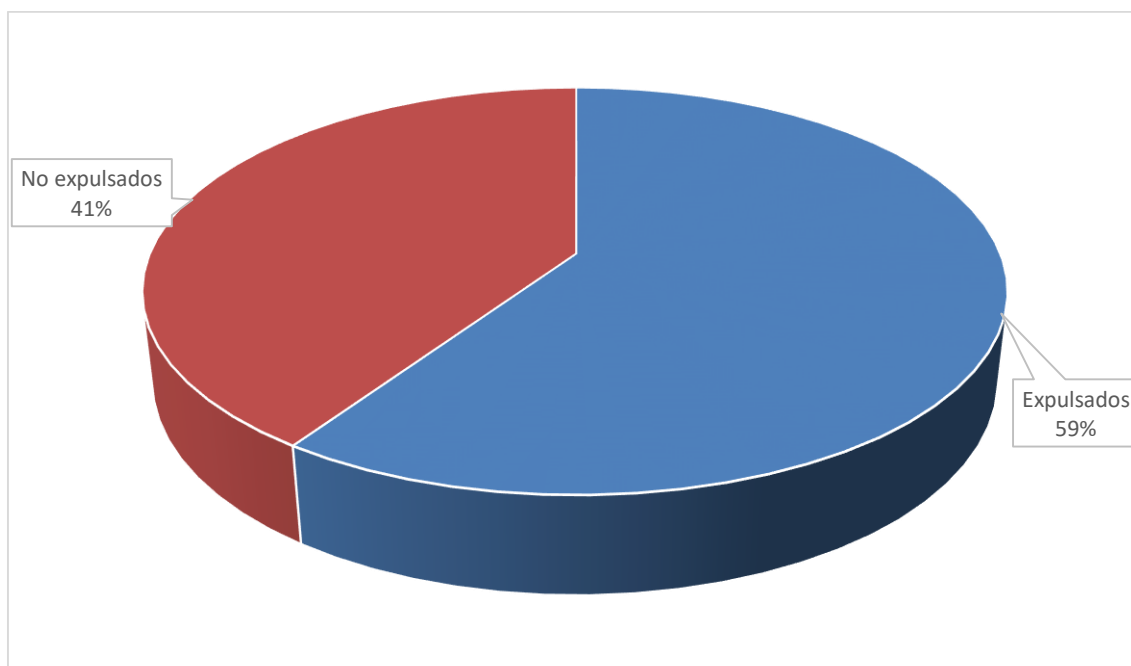
c.2) Año 2010

No existe información estadística para este año.

c.3) Año 2011

Por su parte, según la Memoria de Actividades del Defensor del Pueblo en su calidad de Titular de Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, en su Informe del año 2011 el número de internados en los CIE de España, en el año 2011, ascendió a la suma de 11.456, de los cuales fueron expulsados sólo 6.825 personas, vale decir el 59,57 %, habiéndose liberado sin expulsión a un total de 4 631 personas (40,43%), como se evidencia en el siguiente gráfico:

GRÁFICO N° 3: Porcentaje de expulsiones 2011



Fuente: Memoria del MNP año 2011. Elaboración propia

Asimismo el número desagregado de internamientos y expulsiones por CIE en el año 2011 es el siguiente:

CUADRO N° 10: Expulsiones por CIE 2011

CIE	EXPULSION	NO EXPULSION	TOTAL
Algeciras e Isla de las Palomas	1.533	1.543	3.076
Barcelona	914	746	1.660
Barranco Seco (Las Palmas)	221	150	371
El Matorral (Fuerteventura)	47	72	119
Hoya Fría (Tenerife)	62	63	125
Madrid	1.905	780	2.685
Málaga	257	168	425
Murcia	798	538	1.336
Valencia	1.088	571	1.659
TOTAL	6.825	4.631	11.456

Fuente: Memoria del MNP año 2011. Elaboración propia

En el año 2011, las cifras de expulsiones variaron con respecto al 2009, como puede apreciarse ha sido el año con la mayor tasa de expulsiones. Por otro lado, debemos destacar que el CIE que tuvo la mayor tasa de expulsiones fue el de Madrid, con un total de 1.905, cifra que representa el 71% del total de personas recluidas en dicho CIE. Por su parte el CIE de Algeciras e Isla de las Palomas nuevamente fue el Centro en el cual se produjo la menor tasa de expulsiones, con un total de 1.543 personas no expulsadas que representan el 50.2%.

Por su parte el desgajado entre hombres y mujeres es el siguiente:

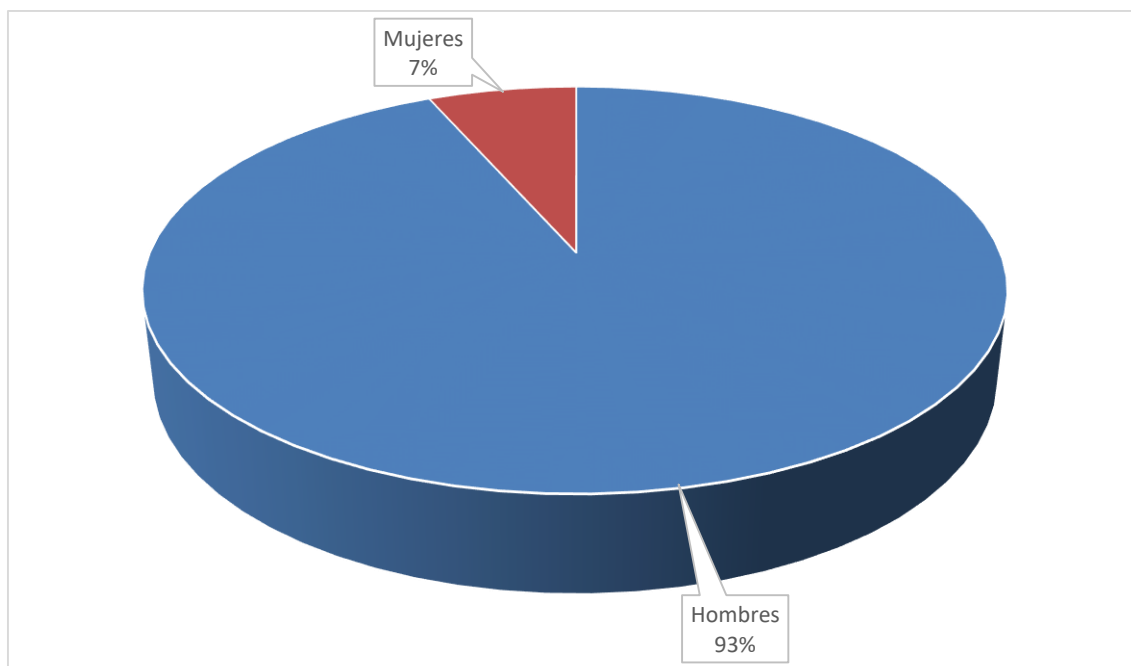
CUADRO N° 11: Total de internados. Hombres y mujeres 2011

CIE	HOMBRES	MUJERES	TOTAL
Algeciras e Isla de las Palomas	2.919	157	3.076
Barcelona	1.627	33	1.660
Barranco Seco (Las Palmas)	347	24	371
El Matorral (Fuerteventura)	118	1	119
Hoya Fría (Tenerife)	113	12	125
Madrid	2.342	343	2.685
Málaga	308	117	425
Murcia	1.296	40	1.336
Valencia	1.510	149	1.659
TOTAL	10.580	876	11.456

Fuente: Memoria del MNP año 2011. Elaboración propia

Como puede apreciarse, la cifra de hombres supera ampliamente a la de mujeres, en el 2011 solo un 7.6% de las personas ingresadas era de sexo femenino, como podemos apreciar en el siguiente gráfico:

GRÁFICO N° 4: Distribución de reclusos por sexo 2011



Fuente: Memoria del MNP año 2011. Elaboración propia

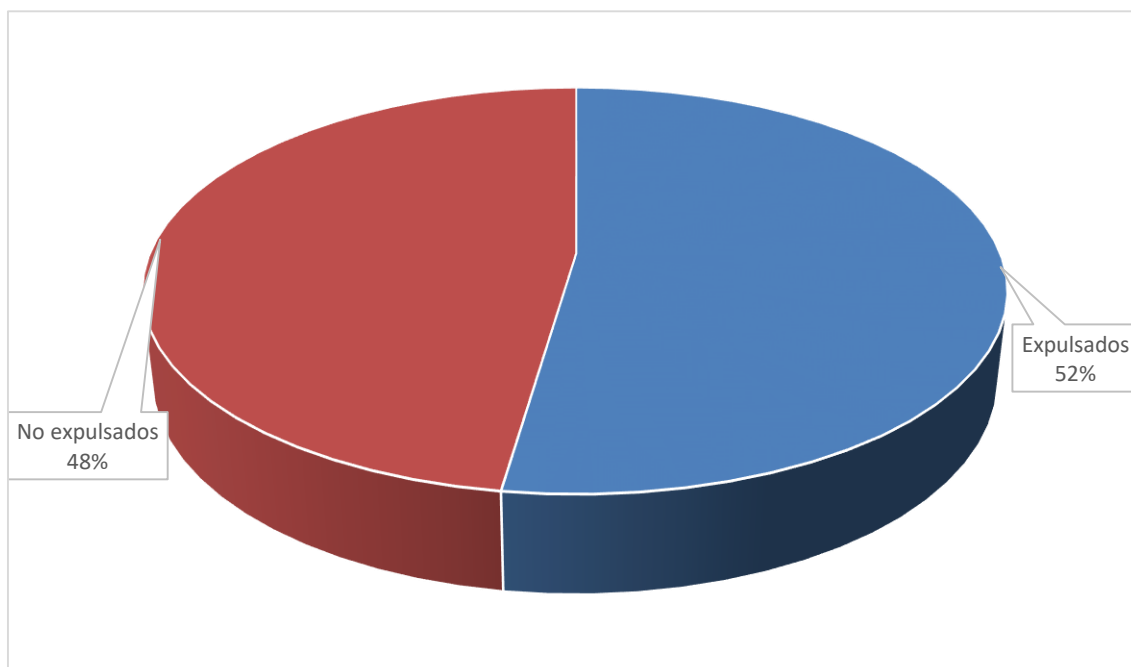
c.4) Año 2012

Debemos señalar que durante el año 2012 se ha producido el cierre y desmantelamiento del CIE de Málaga, siendo clausurado provisionalmente el 20 de junio de 2012 y de forma definitiva mediante Orden PRE/9/2013 de 8 de enero de 2013. Asimismo, se cerró la sección de mujeres del CIE de Murcia, pasando dicha población femenina al CIE de Valencia, con los problemas de deslocalización que ello implica, puesto que conlleva la dificultad de acceso al nuevo CIE por parte de familiares y amigos que viven en Murcia. Por otro lado, durante el año 2012 se evidenció una baja ocupación del CIE de Hoya Fría (Tenerife), con una media de ocupación mensual de siete internos, razón por la cual también se dispuso su cierre¹¹⁵⁰.

En el año 2012, se detuvo a un total de 59.575 personas por infracciones en materia de extranjería, de las cuales se ha internado a un total de 11.325. Del total de personas internadas se ha logrado expulsar a 5.924, que constituyen el 52.30% del total, no habiéndose expulsado a un 47.70% de los internados en dicho año.

¹¹⁵⁰ Información obtenida de la Memoria del Fiscal General del Estado año 2013.

GRÁFICO N° 5: Porcentaje de expulsiones 2012



Fuente: Memoria del MNP año 2012. Elaboración propia

CUADRO N°12: Expulsiones por CIE 2012

CIE	EXPULSION	NO EXPULSION	TOTAL
Algeciras e Isla de las Palomas	1.197	2.065	3.262
Barcelona	970	963	1.933
Barranco Seco (Las Palmas)	32	240	272
Hoya Fría (Tenerife)	28	112	140
Madrid	1.789	1.234	3.023
Málaga**	128	62	190
Murcia	808	492	1.300
Valencia	972	233	1.205
TOTAL	5.924	5.401	11.325

Fuente: Memoria del MNP año 2012. Elaboración propia

** Hasta que se clausura

En el año 2012 el CIE de Barranco Seco en las Palmas de Gran Canaria, tuvo la menor tasa de expulsiones, logrando expulsar solo a 32 personas de las 240

ingresadas .Vale decir que solo se expulsó al 11.8 %, al ser mayoritariamente de países africanos con los cuales España no tiene convenios de repatriación. Por su parte el CIE que presentó la mayor tasa de expulsiones fue el de Valencia, con un total de 972 personas expulsadas que representan el 81% de las personas ingresadas en dicho Centro.

CUADRO N° 13: Total internados. Hombres y mujeres 2012

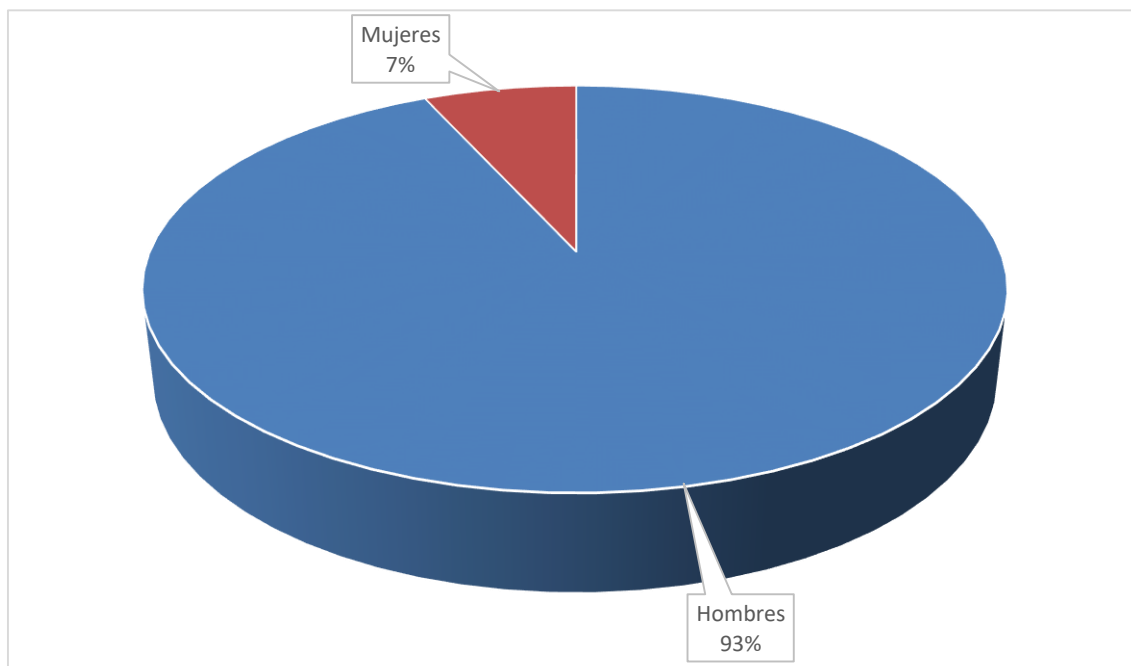
CIE	HOMBRES	MUJERES	TOTAL
Algeciras e Isla de las Palomas	3.062	200	3.262
Barcelona	1.932	1	1.933
Barranco Seco (Las Palmas)	251	21	272
Murcia	1.258	42	1.300
Hoya Fría (Tenerife)	120	20	140
Madrid	2.695	328	3.023
Málaga**	142	48	190
Valencia	1.102	103	1.205
TOTAL	10.562	763	11.325

Fuente: Memoria del MNP año 2013. Elaboración propia

** Hasta que se clausura

Como puede apreciarse en este año también el número de hombres ha sido muy superior al de mujeres reclusas. El número de mujeres internadas alcanzó solo el 6.8% del total de personas internadas, como puede apreciarse en el siguiente gráfico:

GRÁFICO N° 6: Distribución de reclusos por sexo 2012

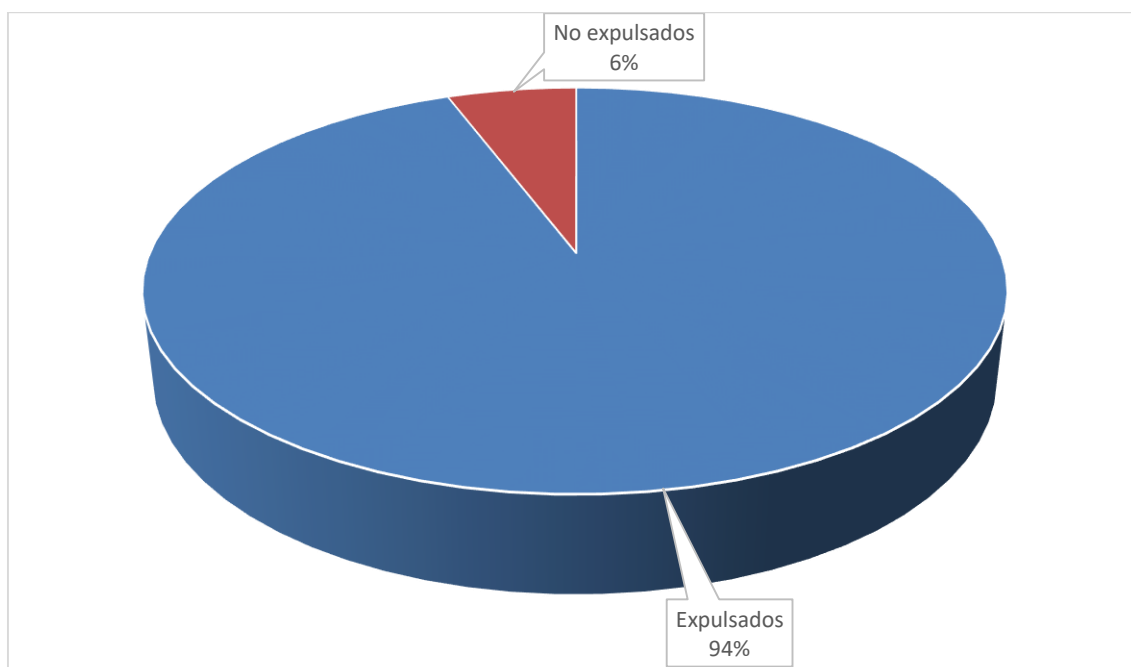


Fuente: Memoria del MNP año 2012. Elaboración propia

c.5) Año 2013

En el año 2013 hubo un total de 49.406 ciudadanos extranjeros detenidos por infracciones a la Ley de Extranjería, de los cuales 9,002 fueron internados en los distintos CIE del territorio español. De ese total han sido expulsados 4.726, ello supone que un 47,51% de los extranjeros internados durante el año 2013 no han sido expulsados, cifra similar a la del año 2012. Destaca el caso del CIE de Tenerife, con un aumento de más del 67% y el CIE de Valencia, con un descenso del 17%, por razones que desconocemos.

GRÁFICO N° 7: Porcentaje de expulsiones 2013



Fuente: Memoria del MNP año 2013. Elaboración propia

CUADRO N°14: Expulsiones por CIE 2013

CIE	EXPULSION	NO EXPULSION	TOTAL
Algeciras e Isla de las Palomas	983	1.501	2.484
Barcelona	744	840	1.584
Barranco Seco (Las Palmas)	56	156	212
Hoya Fría (Tenerife)	87	12	99
Madrid	1.599	1.095	2.694
Murcia	674	339	1.013
Valencia	583	333	916
TOTAL	4.726	4.276	9.002

Fuente: Memoria del MNP año 2013. Elaboración propia

En el año 2013 el CIE con la mayor tasa de expulsiones fue el de Murcia, con un total de 674 personas expulsadas, las que representan el 66% de los ingresos en dicho Centro. Por su parte, el CIE con menos expulsados fue el de Algeciras e Isla de las Palomas, con un total de 983 personas expulsadas que representan el 34.5% del total de personas recluidas.

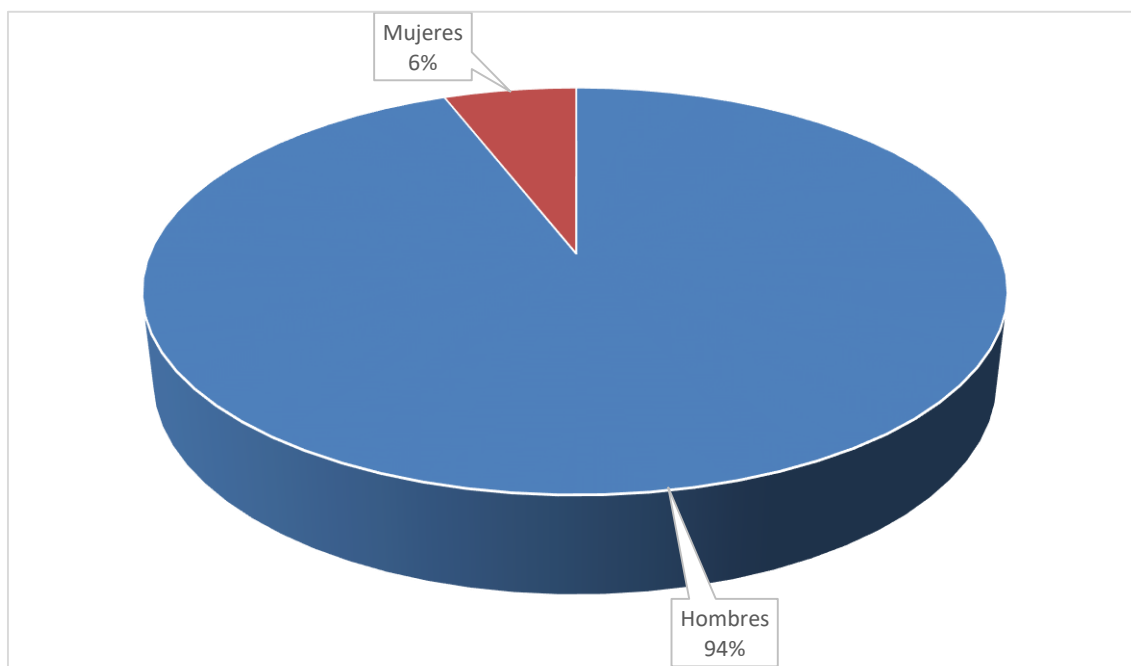
CUADRO N° 15: Total internados. Hombres y mujeres 2013

CIE	HOMBRES	MUJERES	TOTAL
Algeciras e Isla de las Palomas	2.324	160	2.484
Barcelona	1.584	0	1.584
Barranco Seco (Las Palmas)	198	14	212
Murcia	1.013	0	1.013
Hoya Fría (Tenerife)	88	11	99
Madrid	2.456	238	2.694
Valencia	810	106	916
TOTAL	8.473	529	9.002

Fuente: Memoria del MNP año 2013. Elaboración propia

Como puede apreciarse en este año también el número de hombres ha sido muy superior al de mujeres recluidas, habiendo alcanzado apenas el 5.9% del total de personas internadas, como puede observarse en el siguiente gráfico:

GRÁFICO N° 8: Distribución de reclusos por sexo 2013



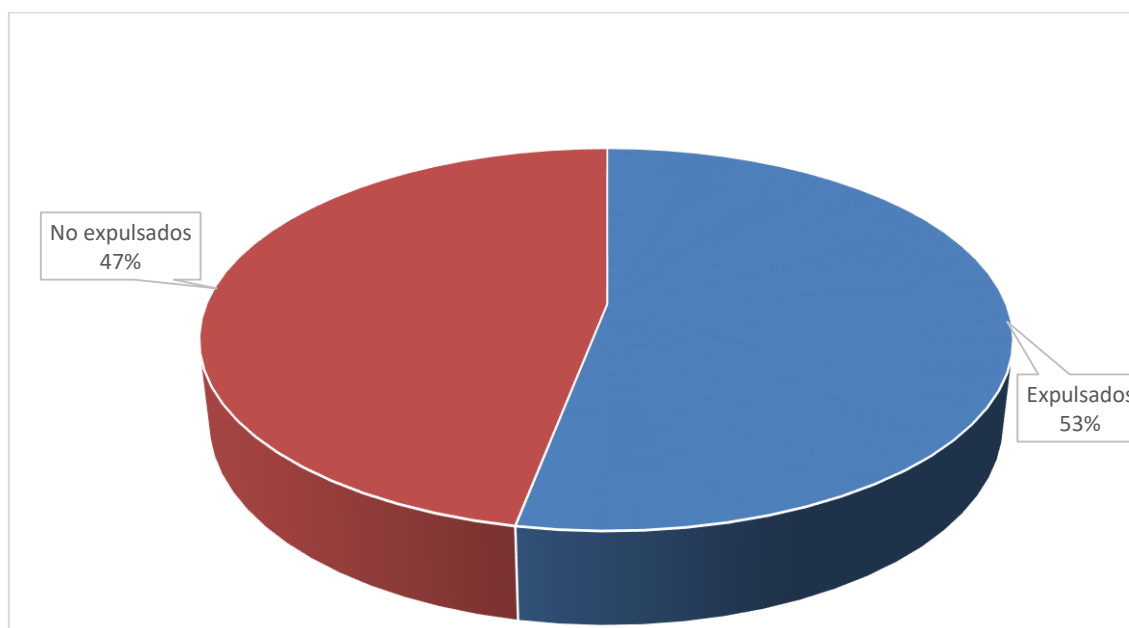
Fuente: Memoria del MNP año 2013. Elaboración propia

c.6) Año 2014

Durante el año 2014 el número de detenciones de ciudadanos extranjeros con ingreso en calabozos, por infracción de la Ley de extranjería ha sido de 42.245, lo que supone casi un 15% menos que las detenciones que se efectuaron en el año 2013, las que ascendían a 49.406.

Del total de los 42.245 ciudadanos extranjeros detenidos, 7.340 fueron internados en los distintos CIE, de los cuales han sido expulsados 3.483. Ello supone **que no se ha expulsado a un 53%**, habiéndose inútilmente privado de su libertad a un total de 3.857 personas. Cabe señalar que el 2014, ha sido el primer año de los reseñados en el cual el número de personas no expulsadas, supera al de expulsadas, tal como podemos apreciar en el siguiente gráfico:

GRÁFICO N° 9: Porcentaje de expulsiones 2014



Fuente: Memoria del MNP año 2014. Elaboración propia

CUADRO N°16: Expulsiones por CIE 2014

CIE	EXPULSION	NO EXPULSION	TOTAL
Algeciras e Isla de las Palomas	644	1.357	2.001
Barcelona	552	699	1.251

CIE	EXPULSION	NO EXPULSION	TOTAL
Barranco Seco (Las Palmas)	15	274	289
Hoya Fría (Tenerife)	25	66	91
Madrid	1.237	747	1.984
Murcia	619	228	847
Valencia	391	486	877
TOTAL	3.483	3.857	7.340

Fuente: Memoria del MNP año 2014. Elaboración propia

En lo referente a las cifras del 2014, podemos decir que los CIE en los cuales se expulsa a la menor cantidad de ingresados son el de Barranco Seco (5.2 %), Hoya Fría (27.4%) ubicados en la Comunidad de Canarias y el de Algeciras (32%). Por otra parte, los CIE que tiene mayor tasa de expulsiones son los de Murcia (73%) y Madrid (62.3%). Dichas diferencias entre las tasas de expulsión, al parecer se deben al origen de las personas ingresadas, dado que en Canarias y Andalucía el gran grueso de personas internadas son extranjeros que llegan en pateras provenientes de África, continente en el cual hay muchos países que no tienen acuerdos de repatriación, ni reconocimiento de sus nacionales, mientras que en los CIE de Murcia y Madrid, las personas ingresadas tienen un origen más variado, incluyendo a países latinoamericanos, asiáticos y también africanos.

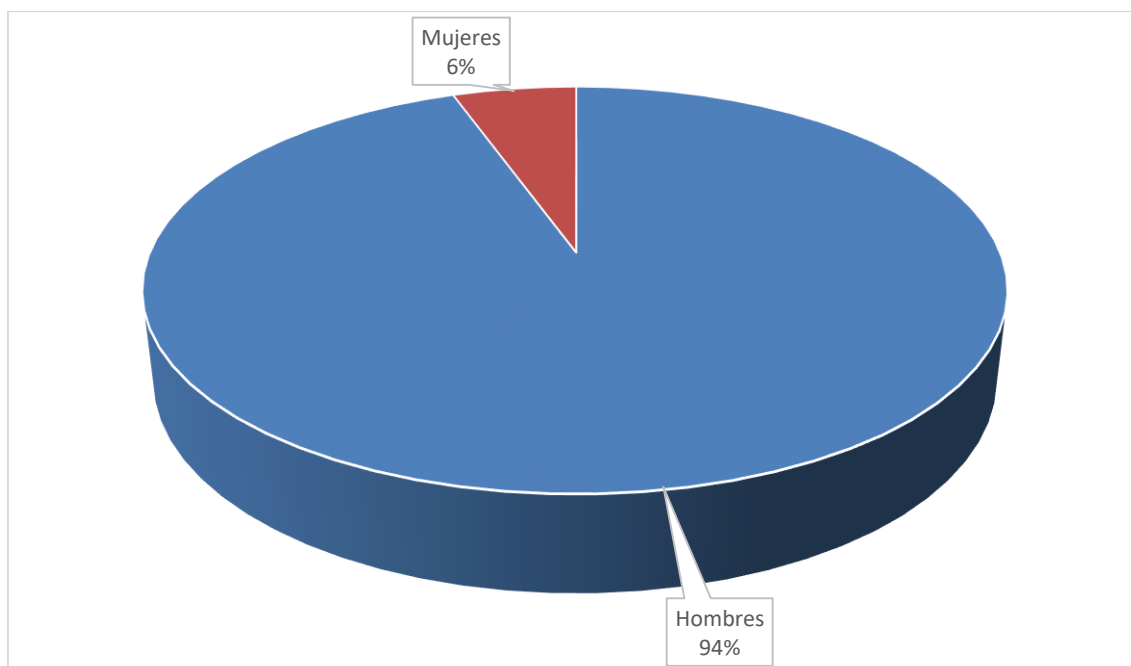
CUADRO N° 17: Total internados. Hombres y mujeres 2014

CIE	HOMBRES	MUJERES	TOTAL
Algeciras e Isla de las Palomas	1.827	174	2001
Barcelona	1.251	0	1.251
Barranco Seco (Las Palmas)	266	23	289
Murcia	847	0	847
Hoya Fría (Tenerife)	82	9	91
Madrid	1.886	98	1.984
Valencia	775	102	877
TOTAL	6.934	406	7.340

Fuente: Memoria del MNP año 2014. Elaboración propia

Como puede apreciarse, en este año se ha repetido la tendencia, siendo el número de hombres muy superior al de mujeres recluidas. Las mujeres han alcanzado apenas el 5.5% del total de personas internadas, como se observa en el siguiente gráfico:

GRÁFICO N° 10: Distribución de reclusos por sexo 2014



Fuente: Memoria del MNP año 2014. Elaboración propia

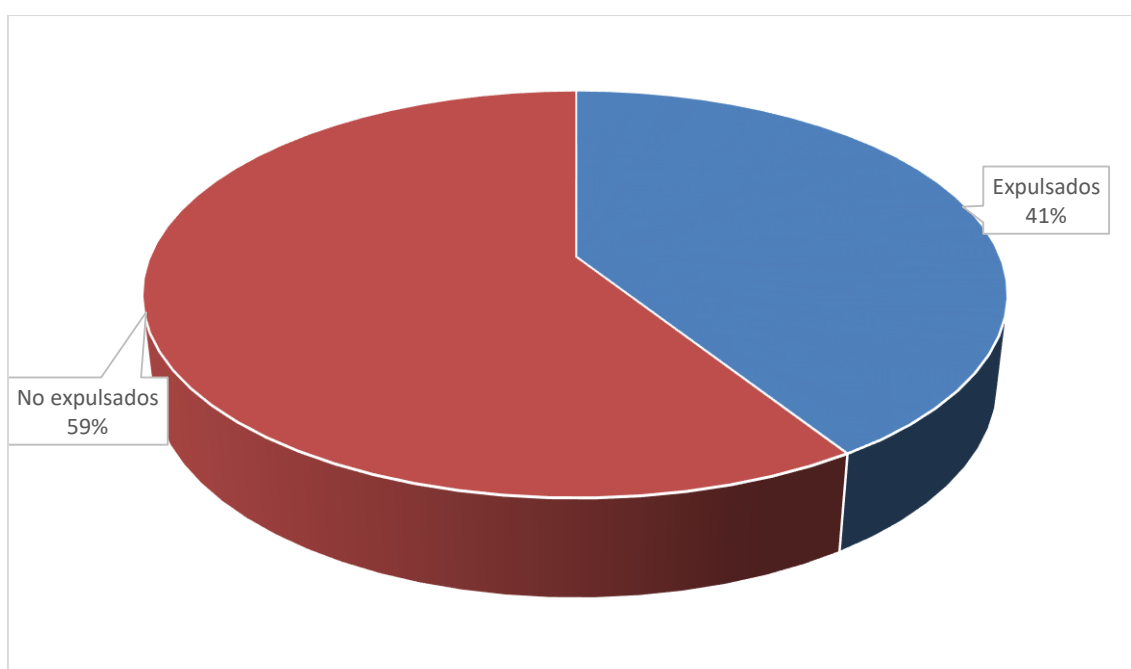
Con respecto a la diferencia del número entre hombres y mujeres según los datos estadísticos recogidos, la diferencia entre la cifra de hombres y mujeres se ha mantenido constante en los últimos años, siendo siempre el número de hombres reclusos el gran grueso de la población internada, tanto así que en algunos CIE, como el de Barcelona, actualmente solo ingresa población masculina.

c.7) Año 2015

Durante el año 2015 el número de detenciones con ingreso en calabozos de ciudadanos extranjeros por infracción de la Ley de extranjería ha sido de 36.327, lo que supone casi un 14% menos que las detenciones que se efectuaron en el año 2014, que ascendieron a 42.245.

Del total de los 36.327 ciudadanos extranjeros detenidos, 6.930 fueron internados en los distintos CIE, de los cuales han sido expulsados un total de 2.871. Como podemos apreciar no se ha expulsado a un total de 4.059 personas. Ello implica que solo un 41% de los extranjeros internados durante el año 2015 han sido expulsados, **lo que se corresponde a afirmar que no se ha expulsado a un 59%.**, como es evidente se ha privado inútilmente de su libertad a un total de 4.059 personas. La tendencia de que el número de personas expulsadas sea menor a las no expulsadas se ha mantenido en alza desde el año 2014, como podemos apreciar en el siguiente gráfico:

GRÁFICO N° 11: Porcentaje de expulsiones 2015



Fuente: Memoria del MNP año 2015. Elaboración propia

CUADRO N°18: Expulsiones por CIE 2015

CIE	EXPULSION	NO EXPULSION	TOTAL
Algeciras e Isla de las Palomas	472	1.831	2.303
Barcelona	205	533	738
Barranco Seco (Las Palmas)	25	869	894
Hoya Fría (Tenerife)	64	8	72
Madrid	1.036	433	1.469
Murcia	648	42	690

CIE	EXPULSION	NO EXPULSION	TOTAL
Valencia	421	343	764
TOTAL	2.871	4.059	6.930

Fuente: Memoria del MNP año 2015. Elaboración propia

En lo referente a las cifras del 2015, podemos decir que los CIE en los cuales se expulsa a la menor cantidad de ingresados son el de Barranco Seco (2.79 %), ubicado en Las Palmas y el de Algeciras (20.5%). Sorprenden las cifras del CIE de Barcelona, porque en dicho año el porcentaje de expulsados fue significativamente menor que el de años anteriores (solo un 28%). Por otra parte, los CIE que tienen mayor tasa de expulsiones son los de Murcia (94%) y Hoya Fría en Tenerife (89%). Asimismo, no debemos dejar de mencionar el incremento de internamientos en el CIE de Barranco Seco, el cual pasó de 289 a un total de 894 personas ingresadas.

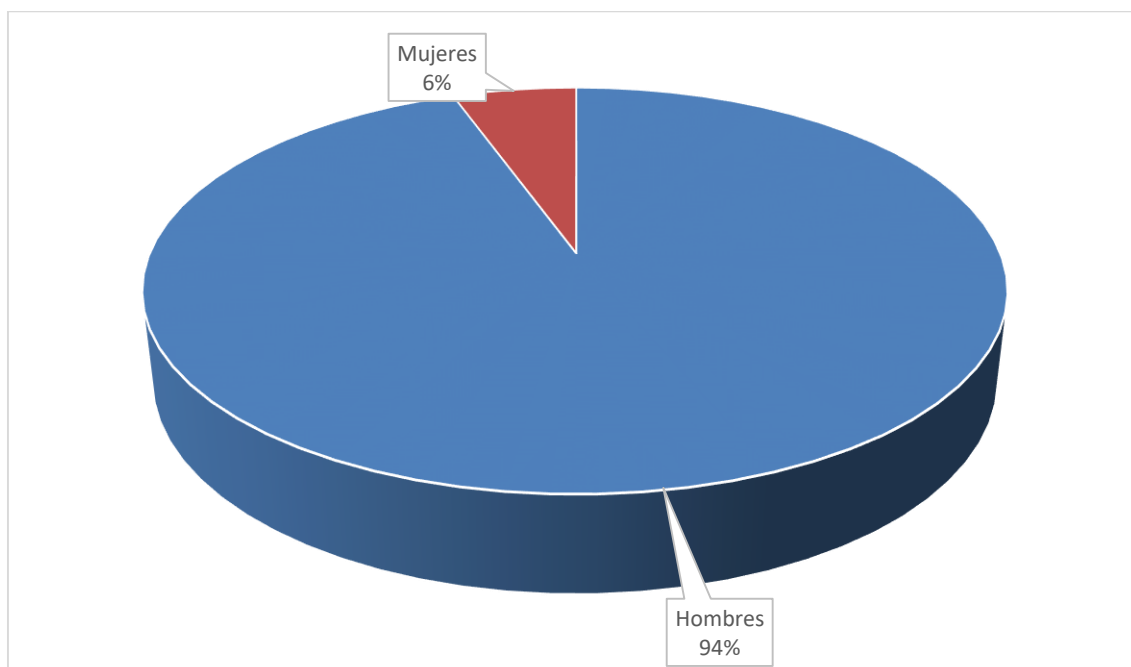
CUADRO N° 19: Total internados. Hombres y mujeres 2015

	HOMBRES	MUJERES	TOTAL
Algeciras e Isla de las Palomas	2.114	189	2.303
Barcelona	738	0	738
Barranco Seco (Las Palmas)	843	51	894
Murcia	690	0	690
Hoya Fría (Tenerife)	58	14	72
Madrid	1.342	127	1.469
Valencia	690	74	764
TOTAL	6.476	455	6.930

Fuente: Memoria del MNP año 2015. Elaboración propia

Como puede apreciarse en este año se ha repetido la tendencia, siendo el número de hombres muy superior al de mujeres recluidas. Sin embargo, debemos resaltar que el número de mujeres se ha incrementado, en este año el porcentaje de mujeres han alcanzado el 6.5% del total de personas internadas, lo cual es mayor al 5.5%, del año 2014:

GRÁFICO N° 12: Distribución de reclusos por sexo 2015



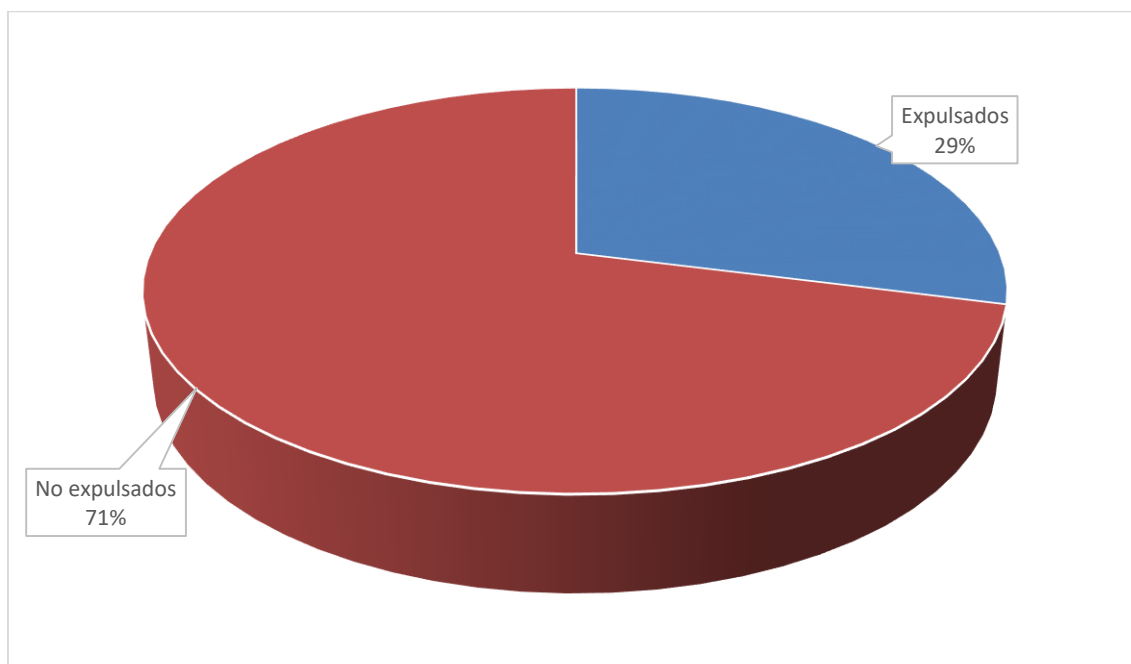
Fuente: Memoria del MNP año 2015. Elaboración propia

c.7) Año 2016

Durante el año 2016 el número de detenciones con ingreso en calabozos de ciudadanos extranjeros por infracción de la Ley de extranjería ha sido de 26.032, lo que supone casi un 29.4% menos que las detenciones que se efectuaron en el año 2015, que ascendieron a 36.327.

Del total de los 26.032 ciudadanos extranjeros detenidos, 7.597 fueron internados en los distintos CIE, de los cuales han sido expulsados un total de 2.205. A diferencia de los años anteriores, en los cuales año a año disminuyó el número de personas ingresadas, en el 2016 el número de ingresos se incrementó con respecto al 2015, puesto que en dicho año solo fueron ingresadas un total de 6.930 personas. Por otro lado, vemos que no se ha expulsado a un total de 5.392. Ello implica que solo un 29% de los extranjeros internados durante el año 2016 han sido expulsados, **lo que se corresponde a afirmar que no se ha expulsado a un 71%**, como es evidente se ha privado inútilmente de su libertad a un total de 5.392 personas. La tendencia de que el número de personas expulsadas sea menor a las no expulsadas se ha mantenido en alza desde el año 2014, como podemos apreciar en el siguiente gráfico:

GRÁFICO N° 13: Porcentaje de expulsiones 2016



Fuente: www.elpais.com. Elaboración propia.

CUADRO N°20: Expulsiones por CIE 2016

CIE	EXPULSION	NO EXPULSION	TOTAL
Algeciras e Isla de las Palomas	465	2.636	3.101
Barcelona	137	502	639
Barranco Seco (Las Palmas)	4	629	633
Hoya Fría (Tenerife)	26	189	215
Madrid	704	822	1.526
Murcia	379	275	654
Valencia	490	339	829
TOTAL	2.205	5.392	7.597

Fuente: www.elpais.com. Elaboración propia

En lo referente a las cifras del 2016, podemos decir que los CIE en los cuales se expulsa a la menor cantidad de ingresados son el de Barranco Seco (0,6 %), ubicado en Las Palmas y el de Tenerife (12%). En lo que respecta al CIE de Barcelona, su tasa de expulsiones sigue disminuyendo, porque en dicho año el porcentaje de expulsados

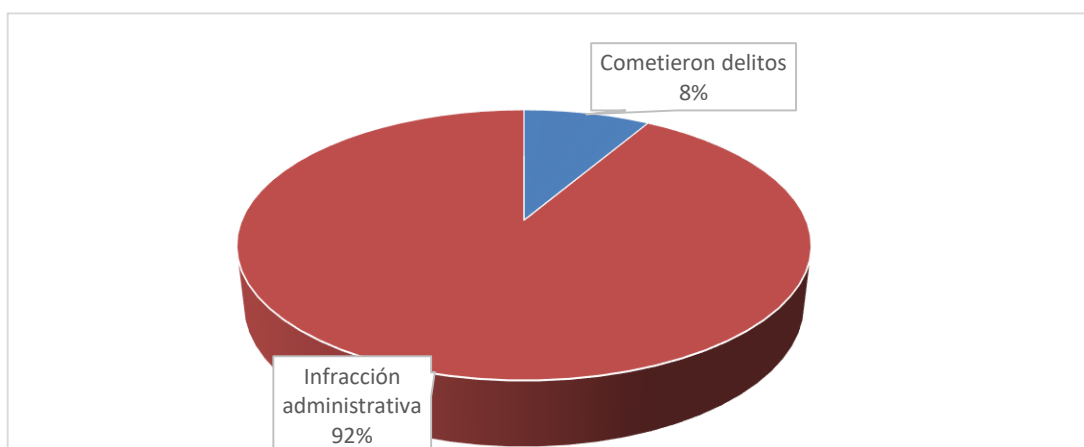
fue menor que el de años anteriores (solo un 21%). Por otra parte, los CIE que tienen mayor tasa de expulsiones son los de Valencia (59%) y Murcia (58%).

d) Otras cifras significativas

El número de extranjeros con certificado de registro o tarjeta de residencia en vigor a 30 de junio de 2015 es de 4'933,231 y según las estadísticas, continúa aumentando el número de ciudadanos extranjeros a los que les es de aplicación el régimen comunitario (ciudadanos de países miembros de la Unión Europea y sus familiares), que suponen ya el 57,23 % de los extranjeros residentes en España. Se consolida el descenso del número de extranjeros en régimen general, que acumula un descenso de 264.883 extranjeros tras ocho semestres consecutivos de disminución¹¹⁵¹.

Asimismo, en la Memoria Fiscal del año 2014 se hace referencia que en el año 2012, del total de 9.141 internos 779 eran extranjeros expulsados por aplicación del Código Penal, es decir que sólo un 8,52% de extranjeros ingresados en los CIE habían cometido algún delito cuya pena podía ser conmutada con la expulsión, siendo el grueso, vale decir el 91,48% de las personas ingresadas, *internamientos puramente administrativos*. En el año 2013 la cifra disminuyó a 695 extranjeros expulsados por dicho motivo.

GRÁFICO N°14: Internados en CIE por infracción penal año 2012



Fuente: Memoria del Fiscal General del Estado año 2014. Elaboración propia

¹¹⁵¹ Memoria de la Defensoría del Pueblo del año 2015.

Como hemos advertido la cifra de personas ingresadas por haber cometido delitos es mínima, sin embargo, como detallaremos más adelante, éstas personas son ingresadas en los CIE de manera indiscriminada con los demás extranjeros que sólo han cometido faltas de naturaleza administrativa, con las consecuencias negativas que ello trae consigo, tales como reyertas entre los internos, agresiones físicas, etc.

Asimismo, si nos remitimos al Informe del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura del año 2015, debemos señalar que en ese año se han iniciado un total de 30.614 expedientes de expulsión, devolución y retornos. De igual forma, en dicho año se han resuelto un total de 20.552 expedientes. En lo referente al número de devoluciones debemos señalar que durante el 2015 se han producido 10.289 devoluciones ordenadas. Por otro lado, en lo referente a las expulsiones efectivas del país, debemos indicar que se han producido un total de 6.869, cifra que incluye a las expulsiones previa estancia en los CIE (2.871), a las expulsiones sin internamiento (273) y a las devoluciones (3.725). A continuación los cuadros respectivos:

CUADRO N° 21: Expedientes iniciados, resueltos y devoluciones 2015

Expedientes iniciados	30.614
Expedientes resueltos	20.552
Devoluciones ordenadas	10.289

Fuente: Memoria del MNP año 2015. Elaboración propia

CUADRO N° 22: Número de Expulsiones en el año 2015

Expulsiones previo internamiento en CIE	2.871
Expulsiones sin internamiento previo	273
Expulsiones por devolución	3.725
Total de expulsiones efectivas	6.869

Fuente: Memoria del MNP año 2015. Elaboración propia

Al respecto, debemos recalcar que las expulsiones producidas sin internamiento previo en un CIE son poco significativas, apenas alcanzan un 3.9% del total de expulsiones producidas. Es necesario destacar que las expulsiones por devolución son bastante altas, puesto que equivalen a un 54.22% del total de personas deportadas en

dicho periodo. Las deportaciones producidas como consecuencia del internamiento en los CIE, alcanzan solo el 41.8% del total de personas deportadas en el año 2015. Esta cifra nos hace reflexionar acerca de la efectividad del internamiento en los CIE, más aun si tomamos en consideración que la tasa de expulsión de los CIE es muy baja, dado que como lo hemos advertido anteriormente, durante el 2015 solo se logró expulsar al 41% de las personas internadas.

1.5 ¿Es eficaz la medida de internamiento?

Como hemos visto anteriormente, el internamiento de extranjeros en los CIE está diseñado en la legislación española como una medida cautelar, cuya finalidad es lograr la expulsión del territorio español de las personas extranjeras que se encuentran en situación irregular. Lamentablemente, como hemos podido verificar en las cifras descritas en la parte inicial del presente capítulo, muchas veces el internamiento del extranjero no deviene necesariamente en su expulsión, sino que en ocasiones por un sin número de razones, la orden de expulsión o, en su defecto, el retorno o la devolución, no pueden materializarse.

Repasando brevemente las estadísticas de los últimos años, podemos advertir que más de la mitad de las personas que son internadas en un CIE, no son expulsadas, es decir, son privadas de su libertad en vano¹¹⁵². Las cifras del año 2014 son alarmantes, **porque el 53% de las personas internadas no fueron expulsadas**, lo que equivale a un total de **3.857 personas ingresadas sin lograrse su expulsión**. Pero, si nos remitimos a las cifras del año 2015, las cifras se disparan aún más, dado que **solo se logró expulsar a un 41% del total de los internos (59% no fueron expulsados)**. En este sentido, se deduce que del total de 6.930 personas internadas en el 2015, se ha privado de su libertad a 4.059 personas de manera ineficaz porque no pudieron ser deportadas. La tendencia a la disminución de la efectividad de la medida crece año a año, dado que en el 2016 de un total de 7.597 personas ingresadas en los CIE, solo fueron expulsadas un total de 2.205, **lo cual equivale a un 29% de efectividad, es decir un 71% de los ingresos fueron ejecutados en vano en el año 2016**.

¹¹⁵²En el año 2011 no se logró expulsar a un 40,53%, en el 2012 a un 47,40%, en el 2013 a un 47,51% y en el 2014 a un 53% de las personas internadas en los CIE.

Ante dicho problema cabe preguntarnos:

- *¿Son los CIE una medida cautelar efectiva para asegurar la expulsión?*

- *¿Debería el Juez competente abstenerse de dictar una medida de internamiento cuando atendiendo a las condiciones personales del extranjero y a la casuística sobre el tema, se pueda presumir que no podrá ser expulsado?*

Las respuestas a dichas preguntas intentaremos responderlas al final de nuestra investigación.

Al respecto AMNISTÍA INTERNACIONAL ha hecho un llamamiento generalizado a que, en sí misma, la medida de privación de libertad como mecanismo de garantía de la expulsión de extranjeros supone una vulneración de derechos humanos, especialmente si, por la falta de convenios u otro tipo de circunstancias, la persona no va a poder ser expulsada¹¹⁵³. Es decir, se hace hincapié en que en ciertas circunstancias las autoridades españolas tienen conocimiento de la imposibilidad de expulsión y aún así dictan la orden de internamiento, hecho que reprueba y denuncia.

Esta falta de efectividad en materializar las expulsiones, que por cierto son la razón de ser de los CIE, se convierte en un problema jurídico-social de difícil solución, pues las personas que salen de los CIE sin poder ser expulsadas ingresan en un status jurídico indefinido y sui generis, que los pone en el llamado “limbo jurídico”, que a su vez los expone a riesgos sociales incalculables y no les permite una inserción adecuada en la sociedad de acogida. De dicha situación controvertida realizaremos un pequeño apartado en el siguiente acápite.

1.5.1 Referencia a los inmigrantes “irregularizables”

¹¹⁵³Amnistía Internacional, Informe: “Hay alternativas: no a la detención de personas inmigrantes. Comentarios al borrador del Gobierno sobre el Reglamento de los Centros de Internamiento de Extranjeros”, Madrid, febrero de 2013, pág. 10.

A fin de ahondar un poco más en el problema de la falta de efectividad de la medida de internamiento en los CIE, hemos querido abordar someramente el problema de los inmigrantes “irregularizables”, puesto que consideramos que su situación deviene como una consecuencia del internamiento ineficaz en los Centros de Internamiento para Extranjeros en España y por tanto, a pesar de no constituir nuestro tema principal de investigación, resulta necesario realizar una mención especial a dicho problema.

Cuando nos referimos a inmigrantes “irregularizables”, o también denominados en el “limbo jurídico” o “inexpulsables”, estamos hablando de aquellos migrantes en situación irregular que pese a haber sido detenidos en los CIE con la finalidad de tramitar su expulsión, ésta no ha podido ser ejecutada durante el plazo máximo de internamiento, por motivos legales o administrativos, por lo que son puestos en libertad y permanecen en territorio español con la orden de expulsión en firme. El decreto de expulsión, de acuerdo a la Ley, es causa suficiente para impedir y anular cualquier trámite de regularización¹¹⁵⁴.

El carácter “irregularizable” tiene su origen en el vacío legal nacional y supranacional generado tanto por la Directiva de Retorno Europea sobre las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de nacionales de terceros países, como por la Ley de Extranjería española y su Reglamento, pues en ninguna de dichas normas se determina el estatus jurídico del extranjero que se encuentra en dicha situación sui generis.

En lo referente a la Directiva Europea sobre las normas y procedimientos en los Estados miembros para el retorno de nacionales de terceros países, denominada por algunos sectores como la “Directiva de la Vergüenza”, constatamos que el apartado 4 del artículo 15 obliga a los Estados Miembros a liberar a los extranjeros que hayan cumplido el tiempo máximo de detención fijado en sus respectivas normas internas, sin aludir a cuál será la situación jurídica de dichas personas, ni las medidas posteriores que se deben adoptar.

¹¹⁵⁴ JARRÍN MORÁN, A., “La persona en el “limbo jurídico: *ni expulsables ni regularizables en España*”, en *Ponencia del IV Congreso de la Red Internacional de Migración y Desarrollo, Crisis Global y Estrategias Migratorias: Hacia la redefinición de las políticas de movilidad*, 18-20 mayo 2011-FLACSO, Quito, Ecuador, pág. 3.

Por otro lado, en lo concerniente al derecho interno español, el artículo 62.3 de la Ley de Extranjería, señala que: *“las personas que no han podido ser expulsadas por motivos jurídicos o por otras consideraciones deberán ser puestas en libertad”*, sin embargo, no se especifica el *status quo* de la persona una vez que es puesta en libertad. Asimismo, dicha Ley en su artículo 58 prevé que: *“La expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer legalmente en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado”*. Si concordamos las normas citadas, podemos colegir que el inmigrante que ha sido liberado por haber cumplido el tiempo máximo de permanencia en un CIE, actualmente 60 días, sin haber sido expulsado del país, tampoco podrá regularizar su situación dado que la orden de expulsión obstruye toda acción administrativa tendiente a su regularización; por tanto, dichas personas quedan en una situación jurídica indeterminada.

Los principales motivos por los cuales no se materializa la sanción de expulsión son los siguientes:

- a) Carecer de documentación de identidad que acredite su procedencia¹¹⁵⁵.
- b) La falta de un acuerdo bilateral de repatriación entre España y su país de origen, o bien que éste no les reconozca como nacionales o no los admita.
- c) La falta de fondos públicos destinados a repatriaciones.

Debemos señalar que la mayor parte de los extranjeros a los que no se les puede expulsar provienen de África, continente en el cual hay un total de 54 países, sin embargo de ese total de países solo existen convenios de repatriación con Marruecos, Senegal, Nigeria y Mauritania, siendo así los únicos países de origen a los que pueden

¹¹⁵⁵ Muchos de los extranjeros irregulares procedentes del África son nacionales de Zimbabwe, Chad, Comores, Eritrea, Liberia, República Centroafricana, Ruanda o Sierra Leona, países que carecen de representación diplomática en España, lo cual dificulta su documentación y por lo tanto su expulsión.

ser retornados los internos de los CIE, lo que implica que los nacionales de la mayoría de países africanos no puedan ser expulsados del país. Pero esta circunstancia no se produce solo por la falta de acuerdos bilaterales, puesto que si hay dudas sobre el origen nacional de un extranjero, se puede contactar con los Consulados para que realicen una entrevista con los internos y verifiquen si es nacional de aquellos países; empero, en esta situación el país de origen suele desentenderse de su nacional y no lo reconoce, lo cual agudiza el problema¹¹⁵⁶.

Por su parte, en la praxis las cosas muchas veces operan de manera diferente a lo estrictamente establecido en las normas, pues si bien es cierto que en el artículo 62.2 de la Ley Orgánica 4/2000 se establece que una vez que la persona haya cumplido el tiempo máximo de internamiento no podrá ser retenida nuevamente en un CIE, muchas veces se han detectado irregularidades respecto al registro de la hora y fecha de entrada y salida de los internos en el CIE, así como el incumplimiento de la obligatoriedad de entregar un certificado en el que especifique el tiempo que el extranjero ha permanecido retenido¹¹⁵⁷. Eso significa que en muchas ocasiones los extranjeros, al no tener la documentación que acredite su anterior internamiento, son ingresados nuevamente en el mismo CIE o en uno diferente, lo cual implica una vulneración flagrante de sus derechos fundamentales. Por otro lado, si el extranjero liberado cuenta con la documentación que acredite que ha estado internado en un CIE por el tiempo máximo de detención, de igual forma podrá ser detenido en cualquier momento por la policía, que lo pondrá a disposición de la autoridad competente, la misma que podrá ejecutar su expulsión, si ésta es viable, dentro del plazo de 72 horas, caso contrario el extranjero deberá ser puesto nuevamente en libertad.

Como analizamos en el capítulo anterior, formalmente la medida de internamiento es una medida de tipo cautelar cuya finalidad es asegurar una futura expulsión de España, sin embargo, en estos casos se puede apreciar que en la práctica, más que una medida cautelar sería una sanción, puesto que implica la privación de libertad por un periodo máximo de 60 días en condiciones muchas veces penosas, la

¹¹⁵⁶ Información extraída de: http://www.eldiario.es/desalambre/Dia-puertas-salida-CIE_0_253025498.html, fecha de consulta 03/08/2016.

¹¹⁵⁷ PEREZ – SALES, P., *Situación de los Centros de Internamiento para extranjeros en España*, Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) en el marco del estudio europeo DEVAS, 2009, pág. 68.

cual se ha producido de manera ineficaz, porque no se ha logrado expulsar a la persona. Al ser así, a fin de evitar errores que conlleven a que se vuelva a internar al extranjero, consideramos que al momento de liberarse a una persona de un CIE, debería tomarse en consideración el Principio Non Bis In Idem, el cual prohíbe sancionar dos veces por los mismos hechos y fundamentos a la misma persona, procurando otorgarle, en todos los casos y sin dilaciones, un Certificado detallado que indique que ha estado ingresado, además de insertar dicho hecho en los sistemas de registros informáticos de la Policía y de la administración pública, con la finalidad de evitar vulneraciones de derechos de estas personas.

El principio *Non Bis In Idem*, consiste en la prohibición de que un mismo hecho resulte sancionado más de una vez, es decir, supone que no se imponga duplicidad de sanciones en los casos en que se desprenda identidad de sujeto, hecho y fundamento sin que haya una supremacía especial, como por ejemplo que se sancione a una persona dos veces por los mismos hechos en la jurisdicción administrativa y la penal. Si bien es cierto la Constitución española no lo contempla expresamente, podemos incluirlo en el Artículo 25 CE, concerniente al Principio de Legalidad, así como también en el artículo 9.3 CE (Principio de exigencia de racionalidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos)¹¹⁵⁸. A pesar de la omisión expresa en el texto constitucional debemos señalar que la jurisprudencia constitucional¹¹⁵⁹ y la doctrina han defendido su vigencia.

Según TRAYTER¹¹⁶⁰, la expresión NON BIS ÍDEM, encierra un tradicional principio general del derecho con un doble significado: de una parte, su aplicación impide que una persona sea sancionada o castigada dos veces por la misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento. Por otra parte, es un principio procesal, en virtud del cual un mismo hecho no puede ser objeto de dos procesos distintos o, si se quiere, no pueden darse dos procedimientos con el mismo objeto. Esta

¹¹⁵⁸ MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J. A., “El principio non bis in idem y la subordinación de la potestad sancionadora administrativa al orden jurisdiccional penal”, Noticias Jurídicas, 2011, disponible en <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4617-el-principio-non-bis-in-idem-y-la-subordinacion-de-la-potestad-sancionadora-administrativa-al-orden-jurisdiccional-penal/>, fecha de consulta 27/04/2016.

¹¹⁵⁹ SSTC 2/1981 de 30 de enero; 77/1983, de 3 de octubre; 21/1987, de 11 de noviembre; 221/1997, de 4 de diciembre ; 177/1999, de 11 de octubre; 2/2003, de 16 de enero, etc.

¹¹⁶⁰ TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., “Sanción penal-sanción administrativa: el principio non bis in idem en la Jurisprudencia”, *Poder Judicial*, núm. 22, Madrid, 1991, pág. 113.

vertiente procesal, impide no sólo la dualidad de procedimientos administrativos y penales, sino también el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos, como consecuencia de los efectos de la litispendencia y de la cosa juzgada.

Según CUBERO¹¹⁶¹, quien a su vez reseña a LEÓN¹¹⁶², es un principio general del derecho que tiene como fuente el principio de legalidad, dado que para que sea directamente aplicable por los ciudadanos, debe hallarse subordinado a la ley. Según LASAGABASTER¹¹⁶³, la prohibición de doble sanción no es igual en todos los ordenamientos y ha sido abordada históricamente de diversas maneras, dicho principio no responde a los mismos criterios en los ámbitos penal y administrativo, dado que en el penal se encuentra vinculado al principio de cosa juzgada, mientras que en el administrativo al de legalidad.

El principio non bis idem encierra un doble significado, por una parte, su aplicación impide que una persona sea sancionada o castigada dos veces por la misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento; y de otra parte, es un principio procesal en virtud del cual un mismo hecho no puede ser materia de distintos procedimientos con el mismo objeto. Esta vertiente procesal, impide no sólo la dualidad de procedimientos administrativo y penal, sino también el inicio de un nuevo proceso en cada uno de esos órdenes jurídicos, como consecuencia de los efectos de la litispendencia y de la cosa juzgada. En la doctrina se ha entendido que consiste en la imposibilidad de que los poderes públicos, apliquen dos veces un mismo tipo infractor o delictivo, dado que ello a su vez transgrede el principio de legalidad, recogido expresamente en la Constitución¹¹⁶⁴.

Al respecto la Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983¹¹⁶⁵, recoge la doble vertiente, material y procesal del principio, al manifestarse que: “el principio non bis in idem determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y

¹¹⁶¹ CUBERO MARCOS, J., *Principio non bis in idem en la ley vasca de la potestad sancionadora*, IVAP, Oñati, 2010, pág. 27.

¹¹⁶² LEÓN VILLALVA, F. J., *Acumulación de Sanciones Penales y Administrativas. Sentido y Alcance del Principio Non Bis in idem*, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 377.

¹¹⁶³ LASAGABASTER HERRARTE, I., “Non Bis in Idem”, en *Ley de la Potestad sancionadora vasca. Comentario sistemático*, IVAP, 2006, pág. 272.

¹¹⁶⁴ CUBERO MARCOS, J., *Principio non bis in idem en ley vasca...*, cit., pág. 28.

¹¹⁶⁵ STC 77/1983, de 3 de octubre, en la cual se interpretan los límites de la potestad sancionadora de la Administración en la Constitución Española.

penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimiento, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativa diferente, pero que no puede ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado”.

Por otro lado, no podemos dejar de mencionar otro aspecto del *Non Bis In Idem* que es la supremacía de la jurisdicción penal a la administrativa¹¹⁶⁶. Según la doctrina del Tribunal Constitucional, las autoridades administrativas no pueden sancionar unos hechos que el Tribunal de lo penal ha declarado inexistentes o simplemente no probados. Sin embargo, no procede lo contrario, es decir que unos hechos sancionables por un acto administrativo, aunque esté a posteriori confirmado por sentencia firme de la Jurisdicción Administrativa, vincule al orden penal; toda vez que, según el TC, existe la imposibilidad de que los órganos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delitos o falta según el Código Penal o las leyes especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ello¹¹⁶⁷. Extrapolando el análisis del *non bis in ídem* a la norma que estamos analizando, podemos percatarnos que se incurriría en una vulneración de dicho principio, pues en términos prácticos se pretendería imponer una doble sanción a los extranjeros que habían cometido delitos, al aplicársele por los mismos hechos una sanción administrativa de expulsión.

Como podemos apreciar, el internamiento sucesivo de un extranjero en un CIE causado por el mismo expediente, contravendría el Principio *Non Bis In Idem* debido a que, como hemos sostenido, en dicha circunstancia el internamiento es en esencia una sanción y no una medida cautelar. Por lo tanto, volver a ingresar a dicha persona a un Centro de Internamiento para extranjeros, constituiría la imposición de dicha “sanción” por segunda vez, lo cual es inconstitucional.

¹¹⁶⁶GIMENO SENDRA, V., “Cuestiones prejudiciales devolutivas y “non bis in ídem” en el proceso penal”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 1, 2003, pág. 183.

¹¹⁶⁷IBIDEM, pág. 184.

Por otro lado, el Comisario de DDHH de la ONU en su visita a España en el año 2005¹¹⁶⁸, manifestó que uno de los principales problemas que se plantean en este ámbito, es el destino de los extranjeros, quiénes, transcurrido el período máximo de internamiento sin haber sido expulsados, deben ser puestos en libertad, pues produce importantes bolsas de inmigrantes presentes en el territorio español en situación irregular y carentes de documentación, muchos de los cuales son apoyados por algunas organizaciones no gubernamentales y por los servicios sociales de la Comunidad Autónoma respectiva, otorgándoles alojamiento, manutención, ropa, asistencia sanitaria, etc. Sin embargo, dicho apoyo sólo constituyen medidas paliativas que no solucionan el problema de fondo, que como hemos visto es la falta de una definición acerca del estatus jurídico de dichos inmigrantes. En dicho informe, también se hizo referencia a que en el año 2004 un total de 8.716 personas fueron puestas en libertad en esas condiciones, situación que aún subsiste, puesto que en el año 2015 un 59% de las personas ingresadas en los CIE no fueron expulsadas, lo cual equivale a un total de 4.059 personas que aumentan la cifra de “irregularizables”.

Queremos señalar, que la situación de indeterminación jurídica de dichos extranjeros no es ilimitada en el tiempo, pues cabe la posibilidad de que el inmigrante regularice su situación una vez que haya prescrito la prohibición de entrada aparejada a la orden de expulsión, que, dependiendo de cada caso, puede fluctuar entre tres y cinco años, plazo al cual debe sumársele el correspondiente a la prescripción de la sanción por infracción grave prevista en la Ley de Extranjería, cuyo plazo es de dos años. Si concordamos dichas normas, colegimos que un inmigrante que se encuentre en dicha situación deberá esperar entre cinco y siete años para, a partir de dicho plazo, poder iniciar los trámites de regularización de su situación administrativa.

Las personas cuyas órdenes de expulsión no se ejecutan quedan abocadas a la irregularidad administrativa, lo que les lleva a la marginación, trabajar en la economía sumergida, la dependencia de los servicios sociales, la indigencia, la realización de actividades prohibidas, el deterioro psicológico, etc. Según JARRÍN¹¹⁶⁹, el caso de las

¹¹⁶⁸ D. Álvaro Gil Robles, Punto 82º, del apartado VI Inmigración y Asilo, 2005.

¹¹⁶⁹ JARRÍN, A., “La persona en el “limbo jurídico”: ni expulsables ni regularizables en España” en *Ponencia del IV Congreso de la Red Internacional de Migración y Desarrollo, Crisis Global y Estrategias Migratorias: Hacia la redefinición de las políticas de movilidad*, 18-20 mayo 2011-FLACSO, Quito, Ecuador, pág.6.

personas en el “limbo jurídico”, pone en evidencia la incongruencia de la Ley, el complejo y disfuncional entramado del procedimiento legal y administrativo para gestionar la expulsión y la desarticulación de las instituciones que participan de este proceso, que en lugar de garantizar los derechos de los y las migrantes, crean unas condiciones de desamparo y marginalidad.

Como podemos apreciar, la situación jurídica de los inmigrantes irregularizables, es muy delicada, no sólo por la indefinición de su situación jurídica, que de por sí es grave, pues no les permite integrarse en la sociedad de acogida con todas las herramientas que provee la “legalidad”, como el hecho de trabajar legalmente, reagrupar a sus dependientes, gozar de beneficios sociales, etc.; sino que adicionalmente a ello, se encuentran en una situación de indefensión tangible, pues corren el riesgo de ser detenidos por la policía en innumerables ocasiones, con las consecuencias que ello entraña. Es decir la “ilegalidad” en estos casos es castigada en la práctica con sanciones mucho más gravosas que las impuestas a algunas personas que han cometido delitos¹¹⁷⁰. Situación que cuanto menos nos debería hacer reflexionar, en tanto se vulneran derechos humanos y fundamentales, generando además situaciones sociales de peligro y marginación.

II) LOS CIE Y SUS CONDICIONES DE INTERNAMIENTO

2.1 ¿Centros Penitenciarios o Centros Especializados de Detención?

Como hemos señalado en los puntos anteriores, la normativa aplicable a los CIE ha sufrido numerosas modificaciones, adoleciendo desde sus orígenes de una regulación que abarque todos los aspectos relativos al internamiento de extranjeros, lo que ha llevado, en muchos casos, a diversas instituciones y a los propios internos a interponer recursos ante el Tribunal Supremo o el Tribunal Constitucional, a fin de que por esa vía se dé solución a dicha falencia. En el año 2014 se aprobó el Reglamento de los CIE, norma que venía siendo reclamada por los sectores defensores de los derechos

¹¹⁷⁰ Tal es el caso de algunos delitos sancionados con pena privativa de la libertad de hasta dos años. Según el art. 80 del Código Penal, si se cumplen ciertas circunstancias, el autor del delito puede beneficiarse de la suspensión de la ejecución de la prisión.

de los extranjeros¹¹⁷¹, no obstante, muchos aspectos esenciales del internamiento de extranjeros siguen sin estar regulados, tal es el caso de aspectos como:

- Horarios;
- Duración, vigilancia e interrupción de las visitas;
- Control de la correspondencia;
- Entrega de efectos personales;
- Criterios de actuación en caso de aislamiento en celda y sus plazos de duración;
- Las horas de patio;
- Las visitas médicas, etc.

La consecuencia de este vacío normativo, es que los CIE son un caldo de cultivo para la arbitrariedad y la inseguridad jurídica, lo que implicaría que en la práctica se está sometiendo a personas que sólo han cometido una falta administrativa a la sanción más severa de la legislación española, que es la pena privativa de libertad. Como veremos más adelante, el internamiento muchas veces se da en peores condiciones que la de los centros penitenciarios, adoleciendo el régimen de internamiento de los CIE de problemas graves, como el restringido acceso a la asesoría jurídica, asistencia social y atención médica, así como problemas de malos tratos y defectos en la infraestructura de los Centros.

Debemos recalcar que formalmente los CIE son Centros de carácter no penitenciario, es decir no son cárceles, en ese sentido el artículo 60.2 de la LO 4/2000 contempla que los Centros de Internamiento para Extranjeros no tendrán carácter penitenciario¹¹⁷², constituyendo centros especiales destinados a “albergar” extranjeros, sobre los cuales pesa una orden de expulsión, devolución o retorno a sus países de origen.

¹¹⁷¹ Las ONG como Pueblos Unidos, MIGREUROP; Ferrocarril Clandestino, Tamquem ELs Cies, Andalucía Acoge, etc, solicitaron en innumerables informes la aprobación de un Reglamento de los CIE que reemplazara a la Orden Ministerial del año 1999.

¹¹⁷² Artículo 60.- Medidas cautelares.

3. Los lugares de internamiento para extranjeros no tendrán carácter penitenciario, y estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios. Los extranjeros internados estarán privados únicamente del derecho ambulatorio.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en su STC 115/87, declaró la constitucionalidad del internamiento de extranjeros, considerando en esta sentencia interpretativa que el internamiento de extranjeros es asimilable a la prisión preventiva, al amparo de la normativa de extranjería. Dicha circunstancia fue interpretada en similares términos por el Tribunal Supremo en el año 2003¹¹⁷³. De igual forma, el máximo Tribunal en el año 2005¹¹⁷⁴, declara la aplicación subsidiaria de las disposiciones penitenciarias vigentes (Ley Orgánica General Penitenciaria y su Reglamento) a los centros de internamiento de extranjeros. Con la finalidad de determinar la real naturaleza de los CIE, pasaremos a realizar una breve reseña de los centros penitenciarios ordinarios en España.

2.1.1 Centros penitenciarios ordinarios en España

Como hemos señalado, según el Tribunal Supremo son aplicables a los CIE las normas penitenciarias vigentes, por ello para analizar su naturaleza, dada la vaguedad y laconismo de las normas que regulan el ingreso en estos Centros, resulta necesario remitirnos al artículo 7 de la Ley Orgánica General Penitenciaria¹¹⁷⁵, en la que se define el concepto de “centros penitenciarios”, incluyéndose los establecimientos preventivos, los de cumplimiento de penas y los establecimientos especiales.

- Los establecimientos de preventivos, son los recintos destinados a albergar a aquellas personas que se sean procesadas por la supuesta comisión de un delito, mientras se determina su responsabilidad en el proceso respectivo.
- Los de cumplimiento de penas, son los recintos destinados a albergar a aquellas personas que han sido condenadas, en el marco de un proceso penal, a penas privativas de la libertad.

¹¹⁷³ STS, 2422/2003, de 20 de Marzo, F. J. 12.

¹¹⁷⁴ STS, 35/2005, de 20 Enero, cit., F. J. 1.

¹¹⁷⁵ Artículo 7. Los establecimientos penitenciarios comprenderán:

- a. Establecimientos de preventivos.
- b. Establecimientos de cumplimiento de penas.
- c. Establecimientos especiales.

- Los establecimientos especiales, son aquellos destinados a albergar personas que han cometido delito, pero que adolecen de enfermedades o patologías mentales o drogodependencia. Son Centros en los cuales prevalece el carácter asistencial (hospitalarios, psiquiátricos y centros de rehabilitación).

Debemos aclarar que en la práctica penitenciaria, los establecimientos de preventivos y los de cumplimiento de penas suelen estar integrados en un solo recinto, con separación por pabellones o módulos entre los internos preventivos y los de cumplimiento de penas. A estos dos tipos de centros penitenciarios se les denomina Centros Penitenciarios Ordinarios.

Actualmente el sistema penitenciario español está diseñado de la siguiente manera¹¹⁷⁶:

a) Centros Penitenciarios Ordinarios.- Regulados por el artículo 7º de la Ley Orgánica General Penitenciaria de septiembre de 1979, son aquellos centros en los cuales se ingresa a las personas que han cometido delitos, privándolas de su libertad por el tiempo que establezca la sentencia respectiva. El cumplimiento de la condena impuesta por el Juez exige, en muchas ocasiones, la reclusión permanente del interno en medio cerrado; otro tanto ocurre con los presos preventivos que están a disposición judicial. Durante un período más o menos largo, la vida de estas personas transcurre entre los muros del recinto de la prisión.

b) Centros de Inserción Social.- Estos centros están destinados a internos que cumplen su pena en Régimen Abierto o que se encuentran en un proceso avanzado de reinserción. A través del Centro de Inserción Social, se gestionan también las penas alternativas que no exigen el ingreso en prisión, como los trabajos en beneficio de la comunidad, la suspensión de la ejecución de

¹¹⁷⁶ SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, *El sistema penitenciario español*, Madrid, 2010, pág. 18.

la pena¹¹⁷⁷ y la localización permanente¹¹⁷⁸; también se lleva a cabo el seguimiento de las libertades condicionales.

c) Unidades de Madres.- Están destinados a las mujeres que tienen hijos pequeños a su cargo. Son espacios ubicados fuera de los recintos carcelarios que por su situación, diseño y equipamiento están adaptados para cubrir las necesidades de los menores en sus primeros años, al tiempo que se hace efectivo el cumplimiento de la pena de las madres. Se componen de módulos segregados del Centro Penitenciario, en los cuales los niños pueden llevar una vida normal y asistir a la Escuela Infantil.

d) Hospitales Psiquiátricos Penitenciarios.- Los hospitales psiquiátricos penitenciarios son centros especiales destinados al cumplimiento de las medidas de seguridad privativas de libertad, a internos diagnosticados con trastornos mentales. Las personas a las que los jueces ingresan en estos hospitales, han sido consideradas inimputables por presentar cualquier anomalía o alteración psíquica, especialmente trastornos mentales graves de tipo psicótico, que les impide comprender la ilegalidad del hecho delictivo.

e) Unidades Dependientes.- Las Unidades Dependientes son, junto a los Centros de Inserción Social, uno de los recursos utilizados por la Administración Penitenciaria para el cumplimiento de las penas en medio abierto. Se trata de instalaciones residenciales situadas fuera de los centros penitenciarios, que al estar ubicadas en los núcleos urbanos, sin ningún signo de distinción relativo a su dedicación, se impregnan de la normalidad de toda colectividad civil, lo que aporta una sensación de libertad y de integración a sus ocupantes. Esta situación facilita además el aprovechamiento de los recursos comunitarios.

¹¹⁷⁷ Modalidad de ejecución de la pena que consiste en la suspensión de la misma condicionada al cumplimiento de una serie de reglas de conducta por parte del condenado.

¹¹⁷⁸ Que consiste en el uso obligatorio para el interno de medios de localización permanente, como son la pulsera o tobillera vinculadas a un detector telefónico, el señalizador personal por vía GPS, el analizador de consumo de alcohol con visor de imagen personal o los detectores de identificación personal por voz son algunos de los medios de que se dispone para tener un control a distancia de los internos.

Es importante resaltar que cuando nos referimos a las posibles características carcelarias de los CIE, nos estamos refiriendo a la dinámica y características de los Centros Penitenciarios Ordinarios, puesto que los demás tipos de Centros Penitenciarios son de tipo especial y a ellos no haremos referencia.

Según el Ministerio del Interior¹¹⁷⁹, los establecimientos o centros penitenciarios ordinarios se conciben arquitectónicamente como un núcleo urbano autosuficiente, donde desarrollan su labor multitud de profesionales para la reeducación y reinserción social de los penados y donde, al mismo tiempo, se garantiza la seguridad y la custodia de las personas encomendadas a la institución. La construcción, organización y funcionamiento de los centros penitenciarios, están condicionados por los distintos regímenes penitenciarios y grados de tratamiento en los que se basa el sistema penitenciario español.

Cada centro dispone de una estructura propia, compuesta por el Director del Centro Penitenciario, asistido de cinco Subdirecciones (la Subdirección de Tratamiento, la Subdirección de Seguridad, la Subdirección de Régimen, la Subdirección Médica y el Administrador), así como de un amplio abanico de funcionarios que trabajan en dichas subdirecciones (unos son funcionarios “de oficinas” y otros son funcionarios “de interior”), con un pequeño grupo de funcionarios que se denominan “de área mixta”, que trabajan en oficinas ubicadas en el interior de los centros en contacto con los internos. Igualmente, existe un amplio número de profesionales de los centros penitenciarios que trabajan en el área de tratamiento, tales como: psicólogos, juristas, educadores, trabajadores sociales, monitores deportivos y ocupacionales; así como en el área médica: facultativos, farmacéuticos, asistentes sociales, auxiliares, celadores, etc.

2.1.2 Diferencias entre los CIE y los Centros Penitenciarios Ordinarios

En lo referente a los CIE, el hecho de que los internos no sean objeto de tratamiento ni clasificación, mezclándose a los meros infractores administrativos con

¹¹⁷⁹ <http://www.institucionpenitenciaria.es/web/portal/centrosPenitenciarios/organizacion.html>, fecha de consulta: 17 de febrero de 2016.

aquellos que han cometido delitos, como dice GARCÍA CATALÁN¹¹⁸⁰, no es suficiente para establecer las diferencias entre un centro penitenciario ordinario y un CIE, ya que en los centros penitenciarios de preventivos a los internos tampoco se les trata ni se les clasifica, sino tan solo se ejercen labores de retención y custodia. Para AGUADO, la diferencia entre los establecimientos de carácter penitenciario y los centros de internamiento de extranjeros radica en la diferente finalidad de unos y otros, mientras que los primeros están destinados al cumplimiento de penas, medidas de seguridad y prisión preventiva, los segundos están orientados a garantizar la expulsión, devolución o regreso por una autoridad administrativa, así como la expulsión acordada por un juez o tribunal¹¹⁸¹.

Sin embargo, como hemos visto, en principio, cabría pensar que la Ley de Extranjería ha realizado una definición negativa en lo referente a los CIE, señalando que podrán ser todos aquellos centros de retención que no tengan carácter penitenciario, es decir, aquellos que no estén incluidos en el mencionado artículo 7 de la LOGP. Como vemos, existe al parecer una contradicción entre lo que establece la norma de extranjería¹¹⁸², lo establecido por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo en la jurisprudencia antes reseñada (dado que lo asimilan a la prisión preventiva). El hecho de que la falta de una reglamentación adecuada obligue a aplicar normas de carácter penitenciario, constituye una desnaturalización del concepto de CIE definido en el artículo 60 de la LO 4/2000. Dicha falencia, a nuestro entender, no ha sido subsanada con el vigente Reglamento de Funcionamiento de los CIE, dado que existen aún numerosos aspectos no regulados, como ya lo hemos mencionado anteriormente¹¹⁸³, dejando al “libre albedrío del Director del Centro y/o de sus Autoridades establecer reglas al respecto. La Dirección del CIE depende jerárquicamente del Ministerio del Interior, pero no de la Dirección General de Instituciones Penitenciarias, sino de la Dirección General de la Policía, ello supone que el personal custodio sean agentes de

¹¹⁸⁰ GARCÍA CATALÁN, J. M., *Infracciones, sanciones y procedimiento en la Ley y el Reglamento de Extranjería*, Atelier, Barcelona, 2002, pág. 400.

¹¹⁸¹ AGUADO I CUDOLÀ, V., “El régimen jurídico de los Centros de Internamiento de Extranjeros”, cit., pág. 10.

¹¹⁸² Art. 60 de la LO 4/2000.

¹¹⁸³ Como ejemplos podemos mencionar la indefinición del horario, duración, vigilancia e interrupción de las visitas; el control de la correspondencia; la entrega de efectos personales; criterios de actuación en caso de aislamiento en celda y sus plazos de duración, las horas de patio; las visitas médicas; las visitas de los asistentes sociales, etc.

policía, es decir, ni siquiera funcionarios especializados como en el caso de los centros penitenciarios. Todo el funcionariado que trabaja dentro de los CIE son policías, con formación policial, y por tanto acostumbrados y formados para tratar con delincuentes, lo cual implica muchas veces un trato con cierto nivel de dureza.

La actual definición que realiza la LO 4/2000 de los CIE tiene su origen en la discusión que se produjo antes de la aprobación de la primera Ley de Extranjería (LO 7/1985), acerca de dirimir si los calabozos de la policía serían lugares adecuados o no para el internamiento de los extranjeros que se encuentren pendientes de alguna de las formas legales de expulsión, y de no ser así, determinar los lugares en los cuales debía internarse a dichas personas. A este respecto sostienen MERCEDES PUENTE y FÁBREGA RUIZ¹¹⁸⁴, que los calabozos no se encuentran recogidos dentro del artículo 7 de la LOGP, por lo que en función de esta interpretación, podríamos afirmar que cumplen la condición exigida en el artículo 60 de la LO 4/2000, más aún ya ESTRADA CARRILLO¹¹⁸⁵ también ponía de manifiesto estas dudas, con la finalidad de explicar que de no aceptarse los calabozos de las comisarías o los depósitos municipales de detenidos como lugares de internamiento de extranjeros, la Ley de Extranjería podría devenir en inaplicable por ausencia, en aquel entonces, de otros lugares adecuados en el número y ubicación necesarios. Sin embargo, estos autores reconocen que los calabozos o depósitos municipales, no cumplen con las condiciones mínimas de habitabilidad para una estancia superior a 72 horas, que es el límite temporal para el que estaban inicialmente concebidos¹¹⁸⁶.

Por otro lado, y como respuesta a esta postura doctrinal basada en la interpretación literal de la norma, ESTRADA CARRILLO¹¹⁸⁷, en su reseña del auto de la Audiencia Provincial de Valencia de 14 de enero de 1987, niega que el internamiento en un calabozo pueda considerarse aceptable dentro de los límites del artículo 60.2 de la LO 4/2000. Según el autor, la aplicación de las leyes no puede centrarse en su interpretación literal, sino en alcanzar el sentido propio de las mismas en relación con su

¹¹⁸⁴ HEREDIA PUENTE, M y FÁBREGA RUIZ, C., *Medidas cautelares en el derecho de extranjería. Internamientos, expulsiones y otros aspectos de derecho de extranjería*, Colex, Madrid, 1997, pág. 54.

¹¹⁸⁵ ESTRADA CARRILLO, V., *Comentarios a la Ley Orgánica y Reglamento de Extranjería*, Trivium, Madrid, 1993, pág. 313.

¹¹⁸⁶ HEREDIA PUENTE, M. y FÁBREGA RUIZ, C., *Medidas cautelares en el derecho de extranjería*, cit. pág. 55.

¹¹⁸⁷ ESTRADA CARRILLO, V., *Comentarios a la Ley Orgánica y Reglamento de Extranjería*, cit. pág. 313.

contexto, antecedentes legislativos y la realidad social. Por su parte, hizo lo propio NAVAJAS RAMOS¹¹⁸⁸, quien profundizando en esta interpretación, destacó que “no penitenciario” no solo se refería a los no sometidos al régimen y dependencia de la administración penitenciaria, sino a un lugar no destinado a la detención de personas por razón de delitos. En el mismo sentido, ALARCÓN MOHEDANO¹¹⁸⁹, sostiene que el legislador incorpora como finalidad normativa la de crear un régimen de privación de libertad privilegiado y diferenciado del riguroso régimen penitenciario, ya que se trata de una infracción administrativa y no un delito, por lo cual le corresponde como tal un tratamiento más benigno y acorde con su naturaleza, pero como señala el autor, la situación es precisamente la contraria que la que se pretendía conseguir, es decir, no cumplen esos mínimos de confortabilidad a los que se encuentran obligados, lo que resulta más gravoso, puesto que en muchos casos se ingresa en el mismo lugar, sin discriminación alguna, a personas que han cometido delitos con los meros “infractores administrativos”.

Por su parte, el Tribunal Constitucional considera que la norma, al negar el carácter penitenciario de los CIE, está asumiendo de plano que las condiciones de internamiento que en ellos se producen, deben ser cuanto menos mejores que la de los centros penitenciarios, es decir, han de constituirse en un régimen privilegiado¹¹⁹⁰. Atendiendo a esta consideración, los CIE deberán estar dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios, hecho que se condice con lo establecido en el apartado 2º del artículo 60 de la LO 4/2000, de que los extranjeros sólo están privados del derecho ambulatorio. Debemos señalar que a pesar de la interpretación del TC, el desarrollo normativo no garantiza el cumplimiento cabal de dichas dotaciones en los CIE, como tendremos oportunidad de comprobar en la presente investigación.

Asimismo, si comparamos la estructura y la dinámica interna (régimen disciplinario, horarios, infraestructura, etc.) de los CIE con la de los Centros Penitenciarios Ordinarios, en especial los de Preventivos, así como si nos remitimos al

¹¹⁸⁸ NAVAJAS RAMOS, L. “La detención e internamiento de súbditos extranjeros” *Estudios del Ministerio Fiscal*, núm. 3, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, pág. 90.

¹¹⁸⁹ ALARCÓN MOHEDANO, I. y otros, *Derecho de extranjería. Práctica administrativa y jurisprudencial*, Dykinson, Madrid, 2002, pág. 443.

¹¹⁹⁰ STC 115/87, de 7 de julio.

contenido del artículo 13 de la Ley 1/1979, Orgánica General Penitenciaria¹¹⁹¹, que manifiesta la necesidad de que los establecimientos penitenciarios deban contar con servicios idóneos de dormitorios individuales, enfermerías, escuelas, biblioteca, instalaciones deportivas y recreativas, talleres, peluquería, cocina, comedor, etc. podemos apreciar que las similitudes formales y prácticas entre los centros penitenciarios y los CIE son más que tangibles. A tal efecto hemos esbozado un cuadro comparativo:

CUADRO N° 23: CIE y Centro Penitenciario Ordinario de Preventivos

	CENTRO DE INTERNAMIENTO PARA EXTRANJEROS	CENTRO PENITENCIARIO ORDINARIO DE PREVENTIVOS
ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA	Dependen de la Policía Nacional- Ministerio del Interior	Secretaría General de Instituciones Penitenciarias- Ministerio del Interior
TIEMPO DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD	Máximo de 60 días	Menor a seis meses
SEPARACIÓN DE LOS INTERNOS		
Por sexo	Hombres y mujeres	Hombres y mujeres
Por edad	Adultos y menores de edad	Adultos y menores de 21 años o de 25 dependiendo del grado de madurez mental alcanzado.
Por tipo de delito	Se mezcla a los detenidos por	Se separa por delitos

¹¹⁹¹ Artículo 13.

Los establecimientos penitenciarios deberán contar en el conjunto de sus dependencias con servicios idóneos de dormitorios individuales, enfermería, escuelas, bibliotecas, instalaciones deportivas y recreativas, talleres, patios, peluquería, cocina, comedor, locutorios individualizados, departamento de información al exterior, salas anejas de relaciones familiares y, en general, todos aquellos que permitan desarrollar en ellos una vida de colectividad organizada y una adecuada clasificación de los internos, en relación con los fines que en cada caso les están atribuidos

	CENTRO DE INTERNAMIENTO PARA EXTRANJEROS	CENTRO PENITENCIARIO ORDINARIO DE PREVENTIVOS
	infracción administrativa con los sancionados penalmente	dolosos y culposos
REGIMEN DE VISITAS	Restringido con horarios establecidos	Restringido con horarios establecidos
CONDICIONES FÍSICAS DE INTERNAMIENTO		
Celdas	Sí	Sí
Celdas de castigo	Sí	Sí
DECOMISO DE EFECTOS PERSONALES	Sí	Sí
INTERNAMIENTO DE PERSONAS		
Origen	Mandato judicial	Mandato judicial
Razón	Infracción administrativa y/o comisión de delitos	Comisión de delitos
Finalidad	Sólo de retención y custodia	Sólo de retención y custodia

Fuente: Ley de Extranjería y Ley General Penitencia. Elaboración propia

Por otro lado, el Comisario de Derechos Humanos en el informe sobre su visita a España en marzo del año 2005¹¹⁹², pone de manifiesto la concepción penitenciaria en la organización de los Centros de Internamiento, entre otras cosas, por primar los

¹¹⁹² D. Álvaro Gil Robles. Punto 81º, del apartado VI Inmigración y Asilo, cit. 2005.

elementos de seguridad sobre otros (lo cual pudo verificar en su visita al CIE de Algeciras). Hizo hincapié en que no debe perderse de vista que el internamiento es una medida de carácter cautelar, preventiva y excepcional que, en ningún caso, puede ser entendida como limitativa de los derechos fundamentales del extranjero, salvo el derecho a la libertad ambulatoria.

En conclusión, podemos afirmar que por su naturaleza y según las normas que hemos reseñado, los CIE son centros de internamiento de carácter no penitenciario, cuya finalidad es efectivizar una medida cautelar derivada de un procedimiento administrativo de expulsión, o en su caso, el medio para ejecutar los retornos y devoluciones de los extranjeros que incurran en las causales que la ley contempla. Sin embargo en la práctica, como veremos más adelante, en muchos casos las condiciones de internamiento, así como el procedimiento de ejecución del mismo, se asemeja en gran medida al internamiento penitenciario, siendo en muchos de ellos peores las condiciones de internamiento en un CIE, que en un establecimiento penitenciario¹¹⁹³, lo que a todas luces contravendría la declaración de principios contenida en el artículo 60.2 de la Ley de Extranjería.

2.2 Status jurídico del extranjero internado

Como hemos advertido, formalmente los Centros de Internamiento para Extranjeros son establecimientos públicos de carácter no penitenciario, donde el ingreso y estancia en los mismos tendrá únicamente finalidad preventiva y cautelar, debiendo salvaguardarse los derechos y libertades reconocidos en la normativa vigente. Es importante resaltar, que no deberán imponerse más limitaciones que las relativas a su libertad ambulatoria, conforme al contenido y finalidad de la medida judicial de ingreso acordada.

¹¹⁹³ Véase la entrevista realizada al Juez García de Dios, Juez de Control del CIE de Aluche en Madrid, con fecha 4 de julio de 2015, en la cual puede evidenciarse que las condiciones de internamiento, así como las garantías de las que disponen los internos son peores que la de las cárceles. Puede verse la entrevista completa en: <http://www.lamarea.com/2015/07/04/ramiro-garcia-de-dios-juez-tiene-mas-garantias-un-presos-que-un-interno-del-cie/>, fecha de consulta 03 de enero de 2016.

Por su parte, debemos señalar que el Título II del Reglamento de los CIE regula los derechos y deberes de los internos, en dichos preceptos se detallan los deberes y los derechos de las personas ingresadas, haciéndose hincapié en el mecanismo de presentación de reclamaciones y quejas, estableciéndose que cada centro deberá llevar un libro de peticiones y quejas que debe estar a disposición de los internos. En cuanto a los deberes de los internos, el Reglamento establece las siguientes obligaciones:

- 1) Permanecer en el centro, respetar las normas que rigen el centro.
- 2) Comportarse cívicamente y respetando a funcionarios, empleados y demás extranjero.
- 3) Conservar en buen estado las instalaciones.
- 4) Ser sometidos a reconocimiento médico al entrar y al salir del centro.
- 5) Se establece asimismo el deber de ser reconocido por el servicio de asistencia sanitaria en caso de que ocurrieren hechos excepcionales.

En relación con los derechos de los internos, se establece que las actividades desarrolladas dentro de los centros por los extranjeros, serán realizadas salvaguardando los derechos y libertades que el ordenamiento jurídico les confiere. De forma particular, se garantiza formalmente a los internos, desde su ingreso y durante el tiempo de permanencia en el centro, los siguientes derechos:

- 1) A ser informados de su situación en un idioma que entiendan.
- 2) Al respeto de su dignidad e integridad física y moral.
- 3) Al ejercicio de los derechos que el ordenamiento jurídico les confiere (en especial aquellos que establece la protección internacional).
- 4) A no ser discriminados por ninguna causa.

- 5) A la asistencia médica y sanitaria y el acceso a los servicios sociales, así como a recibir un seguimiento médico especial, para las mujeres de las que se tenga constancia que se hallan embarazadas.
- 6) A que se comunique inmediatamente su ingreso o su traslado a la persona que designe en España y a su abogado, así como a la oficina consular del país del que es nacional. De igual forma podrá realizar, en el momento de su ingreso, dos comunicaciones telefónicas gratuitas: con su abogado y con un familiar o persona de confianza residente en España.
- 7) A ser asistido de abogado, que se le proporcionará de oficio en su caso, y a comunicarse reservadamente con el mismo, incluso fuera del horario general del centro, cuando la urgencia del caso lo justifique.
- 8) A comunicarse con sus familiares, funcionarios consulares u otras personas y a recibir visitas.
- 9) A un intérprete, el cual será gratuito si no cuenta con recursos económicos.
- 10) A tener en su compañía a sus hijos menores, siempre que el Ministerio Fiscal informe favorablemente tal medida y *existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar. Inciso "y existan en el centro módulos que garanticen la unidad e intimidad familiar" del artículo 16.2.k) declarado inaplicable por Sentencia TS (Sala 3ª) de 10 febrero 2015, Rec. 373/2014.*
- 11) A entrar en contacto con organizaciones no gubernamentales y organismos nacionales, internacionales y no gubernamentales de protección de inmigrantes.
- 12) A presentar quejas y peticiones en defensa de sus derechos e intereses, preservando su secreto, de forma inmediata a su destinatario.

En el siguiente apartado analizaremos estos derechos, y los problemas que han sido detectados en el internamiento de las personas en los CIE españoles.

2.3 Derechos vs realidad. Problemas detectados en el internamiento.

Como hemos visto, según la normativa vigente existen una serie de derechos de los cuales son titulares las personas extranjeras a las que se les aplica la medida de internamiento en los CIE. Sin embargo, es menester del presente trabajo sacar a la luz la vulneración de derechos y los problemas que han podido detectarse en dichos internamientos.

Con la finalidad de estudiar en profundidad la problemática del internamiento de extranjeros en los CIE, hemos procedido a revisar y analizar una serie de informes emitidos por organismos internacionales y nacionales, así como por ONGs, en los cuales se da cuenta de la situación real de los CIE en España. Todos los informes consultados se derivan de visitas realizadas a estos centros, luego de las cuales se pudieron recoger las deficiencias y también las quejas de los internos. Los informes analizados son los realizados por:

- 1) Amnistía Internacional (2011 - 2013);
- 2) Asociación Pro Derechos Humanos de Andalucía (2013);
- 3) Comité Europeo de Prevención de la Tortura (2015);
- 4) Comisión Española de Ayuda al Refugiado- CEAR (2009);
- 5) Defensoría del Pueblo (2009-2015);
- 6) Dirección General De Relaciones Internacionales y Extranjería (2015);
- 7) Education, Audiovisual and Culture Executive Agency- EACEA (2015);
- 8) Ferrocarril Clandestino (2009);
- 9) Fiscalía General del Estado (2009- 2015);
- 10) Grupo de Investigación y Sistema Penal (2013);
- 11) Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura (2010 -2014);
- 12) MIGREUROP (2011- 2014);
- 13) Plataforma de Solidaridad con los inmigrantes de Málaga (2008);

- 14) Pueblos Unidos (2009 – 2015);
- 15) Relatora Especial de la ONU;
- 16) SOS Racismo (2012- 2015);
- 17) Women´s Link World Wide (2012).

De igual forma, hemos realizado un análisis de la jurisprudencia de los Juzgados de Control de Instancia, dado que en dichos Autos se da cuenta, en reiteradas oportunidades, de las carencias de estos Centros. Por otro lado, a fin de lograr un análisis adecuado de los informes, y por ende de la situación real de los CIE, procederemos a desarrollar los derechos de los que son titulares las personas internadas, que a su vez presentan problemas en su ejercicio, problemática que se ha recopilado de cada uno de los informes antes citados.

2.3.1 Derecho a ser informados de su situación administrativa en un idioma que entiendan

En ese sentido el artículo 16.2 a) del RD 162/2014 – Reglamento de los CIE, establece que los internos tendrán derecho:

“a) A ser informado en un idioma que le sea inteligible de su situación, así como de las resoluciones judiciales y administrativas que le afecten.”

Por su parte el artículo 29 del RD 162/2014, establece:

“Los extranjeros tendrán derecho a ser informados a su ingreso de su situación, haciéndoles entrega de un boletín informativo, redactado en su idioma o en otro que le resulte inteligible, con información acerca de sus derechos y obligaciones, de las normas de régimen interior y de convivencia a las que deberá ajustar su conducta, de las normas disciplinarias aplicables, de su derecho a dirigir peticiones y quejas al Juez competente para el control de la estancia en el centro cuando considere vulnerados sus derechos fundamentales y de los medios para formular peticiones y quejas.”

Debemos indicar que si bien es cierto que, en la práctica, a las personas que ingresan a los CIE se les entrega un boletín informativo, dicho documento no es lo suficientemente claro acerca de su situación en el Centro. Al respecto el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, en adelante MNP en su Informe 2013¹¹⁹⁴, denuncia que no existen folletos de protección internacional en varios idiomas elaborados por la Oficina de Asilo y Refugio. Asimismo, se denuncia que si bien es cierto que se les entrega copia de la resolución judicial de internamiento, en muchos casos no se les entrega las posteriores resoluciones administrativas y judiciales que se van emitiendo durante su periodo de internamiento; además no se les facilita información aclaratoria de aspectos como el procedimiento administrativo de expulsión, ni se les pone de manifiesto que la decisión de internamiento es adoptada por un Juez.

Por otro lado, debemos destacar que en los CIE la información a los internos es deficiente, ya que, en la mayoría de los casos, los internos no tienen conocimiento sobre la situación en la que se encuentran. Tal es el caso de las mujeres entrevistadas por WOMEN'S LINK WORLD WIDE¹¹⁹⁵, las cuales piensan que se encuentran recluidas en una cárcel, ya que no se les indicó que la irregularidad administrativa no es un delito en España.

Al respecto, debemos señalar que existe jurisprudencia de los Juzgados de Control de Estancia que ratifica la importancia del respeto de este derecho de los internos. La primera que debemos mencionar es el Auto de los Juzgados de Control del CIE de Madrid¹¹⁹⁶, que se pronuncia acerca de las hojas informativas para los internos, en este auto se hace hincapié en que dichos documentos deben ser traducidos a todos los idiomas de los internos del Centro, debiendo contener una relación detallada de derechos y deberes de estas personas, así como las vías para presentar quejas ante el Juzgado de Control. En sentido similar se pronuncian otros Autos¹¹⁹⁷, en los cuales se pone de manifiesto que las hojas informativas deben ser distribuidas a todos los internos

¹¹⁹⁴ MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA, *Informe Anual 2013*, Madrid, 2013, pág. 32.

¹¹⁹⁵ WOMEN'S LINK WORLDWIDE, *Mujeres en los centros de internamiento de extranjeros (CIE). Realidades entre rejas*, Madrid, 2012.

¹¹⁹⁶ Auto de los Juzgados de Control del CIE de Madrid de fecha 28 de enero de 2010; Auto del Juzgado Nº 6 de Madrid, de 4 de abril de 2011.

¹¹⁹⁷ Auto del Juzgado de Instrucción Nº 6 de Madrid, de 4 de abril de 2011 y Auto del Juzgado de Control de Murcia, de 14 de marzo de 2012.

a su llegada al Centro, con indicación de los datos del Juzgado o Juzgados de Control competentes, a fin de que los internos puedan hacer llegar sus quejas y/o reclamaciones.

Por otro lado, debemos señalar que existen otros autos judiciales que ponen un especial énfasis en la protección internacional contra la trata de personas y las solicitudes de asilo. Se establece que en las hojas informativas se debe precisar cuál es el mecanismo tanto para solicitar asilo y como también para solicitar protección como víctima de trata de seres humanos¹¹⁹⁸, poniéndose además de manifiesto la importancia de precisar las situaciones en las cuales las personas pueden acogerse a la solicitud de asilo, debiendo consignarse en el documento una información suficiente, clara y precisa para que aquellas personas provenientes de países en conflicto, o víctimas de persecuciones de todo tipo, puedan conocer que podrían acogerse a dichos beneficios¹¹⁹⁹.

En lo referente a la información sobre su derecho de defensa, existen autos judiciales que establecen la obligación del centro de proporcionar a los internos el número de teléfono del despacho de abogados que les asiste, y en caso de que no le sea proporcionado, indicar que les asiste el derecho a plantear una queja y la vía para presentar la misma¹²⁰⁰. En ese sentido se ha pronunciado el Juzgado de Control N° 1 de Barcelona¹²⁰¹, estableciendo que debe suministrarse a los internos, en un idioma que entiendan, y también a los Servicios Sociales y a las ONG que colaboran con el CIE, un folleto informativo en el que se detalle el procedimiento de las peticiones de asilo. De igual forma existen pronunciamientos que establecen la obligación de los CIE de proporcionar a los internos una copia de su expediente, que incluya las actuaciones policiales, administrativas y judiciales; dicha documentación deberá ser proporcionada al interno al momento de su llegada al Centro o, a más tardar, al día siguiente¹²⁰².

Otra práctica que consideramos un problema en la información a los internos, y que a su vez puede ser catalogado como un trato inhumano, es la falta de aviso sobre la deportación o la liberación del interno, lamentablemente la falta de aviso de la salida del CIE y el trato inhumano que reciben, tanto las personas que van a ser liberadas

¹¹⁹⁸ Auto del Juzgado de Control de Murcia, de 16 de julio de 2013.

¹¹⁹⁹ Auto del Juzgado de Instrucción N° 6 de Madrid, de 25 de marzo de 2014.

¹²⁰⁰ Auto del Juzgado de Control de Madrid, de 28 de enero de 2010.

¹²⁰¹ Auto del Juzgado de Instrucción N° 1 de Barcelona, de 23 de junio de 2014.

¹²⁰² Auto del Juzgado de Instrucción N° 6 de Madrid, de fecha 15 de abril de 2014.

como sus familiares, es un problema reiterado en la totalidad de informes que hemos analizado.

Al respecto debemos distinguir dos situaciones diferenciadas:

- a) Sin expulsión: cuando no ha sido posible la expulsión del país y se procede a liberar a la persona dentro de España, expulsión que se realizará en la zona donde se encuentre ubicado el CIE, lugar que muchas veces es lejano de su lugar de residencia. El proceso de liberación de los extranjeros es muchas veces penoso, pues no existe un protocolo de salidas para la atención del interno en su salida, que le asegure su comunicación con los familiares, abogados o asociaciones de apoyo, ni tampoco se le facilitan los medios económicos para el retorno a la localidad en la que fue detenido, ni se realiza, de ser el caso, la coordinación con los servicios sociales de su Municipio o con asociaciones de apoyo. Lamentablemente, muchas veces los extranjeros son liberados en zonas muy lejanas a su localidad de residencia, dificultándose retornar a ella por falta de medios económicos, dado que lo repentino de la liberación y sin previo aviso, no les facilita la posibilidad de informar a familiares o amigos de su salida del Centro¹²⁰³. Esta situación los expone a la mendicidad, a la trata de personas y/o a la delincuencia.

- b) Con expulsión: una vez cumplido el procedimiento respectivo con el país de origen o con un tercer país se procede a la expulsión de la persona. Otra de las prácticas reiterada en los CIE, denunciada en todos los informes que hemos revisado, es la falta de aviso al interno y a sus familiares de la fecha y los detalles de la expulsión. Es muy frecuente que se les informe que serán expulsados minutos antes de ser llevados al aeropuerto, sin informarle acerca de la fecha y la ciudad, incluso el país, al que van a ser expulsados. Asimismo, se les suele deportar a países de tránsito, que no son los países de origen de dichas personas y

¹²⁰³Información extraída de: http://www.eldiario.es/desalambre/Dia-puertas-salida-CIE_0_253025498.html, fecha de consulta: 3/08/2016.

sin proporcionarles el billete para el traslado a su país. Mayormente se utiliza a Libia o Marruecos como terceros países a los cuales se expulsan a los extranjeros, sin importar que su real país de procedencia pueda encontrarse a miles de kilómetros de allí. Dichas medidas han sido denunciadas por Amnistía Internacional¹²⁰⁴ y otros organismos y deberían ser investigadas a profundidad. De igual forma, no se les informa acerca de la nacionalidad que se les atribuye y por lo tanto ni el país al que serán expulsados¹²⁰⁵. Estos hechos implican *per se*, desde nuestro punto de vista, también una vulneración del derecho a la dignidad humana, puesto que estas prácticas resultan cuanto menos inhumanas. La liberación de la persona no debe ser gravosa ni traumática y lamentablemente en muchos casos sí lo es. Esta práctica reiterada la consideramos un trato inhumano que vulnera lo establecido en el artículo 3 CEDH¹²⁰⁶.

Como un ejemplo de la problemática expuesta, presentamos el siguiente testimonio obtenido en el Informe de PUEBLOS UNIDOS, denominado Miradas tras las Rejas¹²⁰⁷:

“Juana expresa cómo fue la deportación de Richard Parada, su pareja. Durante tres días, antes de llevarle al aeropuerto, solo comió galletas y zumo. Viajó en un vuelo regular donde los expulsados son los primeros en subir al avión, acompañados por policías de paisano. Cuando supo lo sucedido, Juana fue al aeropuerto y cuando preguntó si podía despedirse le dijeron que “eso no era una película americana” y que no tenía que despedirse de nadie”. (08 de setiembre de 2011).

¹²⁰⁴ AMNISTÍA INTERNACIONAL, Informe: “Hay alternativas: no a la detención de personas inmigrantes. Comentarios al borrador del Gobierno sobre el Reglamento de los Centros de Internamiento de Extranjeros”, Madrid, febrero de 2013, pág. 12.

¹²⁰⁵ Así se lo afirman diversas ONG como Pueblos Unidos disponible en: <http://www.pueblosunidos.org/cpu/> y Ferrocarril Clandestino disponible en: www.transfronterizo.net, fecha de consulta: 04 de mayo de 2016.

¹²⁰⁶ Artículo 3º Prohibición de la tortura

Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes.

¹²⁰⁷ PUEBLOS UNIDOS, *Miradas tras las Rejas*, Madrid, 2011.

Al respecto el MNP en su Informe 2014 señala lo siguiente: “...Se ha observado, y es motivo de preocupación, que **la notificación a los internos del momento en que van a ser expulsados del territorio nacional, no se realiza con la suficiente antelación para que estos puedan recoger sus pertenencias, avisar a sus parientes y amigos tanto de España como de su país de origen, y realizar, en su caso, cualquier trámite que pueda ser necesario.** Por ello, es necesario que las autoridades administrativas comuniquen con la suficiente antelación a los internos el momento en que se va a ejecutar la expulsión y los pormenores de la misma, para que estos puedan realizar los trámites anteriormente señalados, adoptando, en su caso, las medidas que se consideren necesarias para salvaguardar tanto el derecho de los internos a la información previa a su expulsión, como su propia integridad física...”¹²⁰⁸.

Por otro lado, tenemos jurisprudencia de los Juzgados de Control de Estancia que se pronuncia acerca de la obligación que tienen las autoridades del Centro de informar con la suficiente antelación a los internos acerca del momento de la salida del CIE, sea que ésta se produzca por expulsión a su país de origen o por agotamiento del plazo de internamiento, sin haberse podido materializar la expulsión. Al respecto, los Juzgados de Instrucción nº 6, 19 y 20 de Madrid¹²⁰⁹ establecieron que las autoridades del CIE de Aluche, deberán adoptar las medidas necesarias a fin de que se avise a los internos acerca de su expulsión, al menos, con 12 horas de antelación, informándose también de la hora, número de vuelo, la hora de llegada y la ciudad de destino, así como facilitarles los medios necesarios para que la persona pueda realizar llamadas telefónicas a sus parientes o amigos en España y en el país de llegada. De igual forma, se ordena que dicha orden debe ser publicada en el Tablón de Anuncios del Centro, traducida a todos los idiomas usados por los internos del CIE.

Por su parte, el Juzgado de Control de Valencia¹²¹⁰ ordena que se informe a los internos de la fecha, vuelo, ciudad de destino y demás datos relativos a su expulsión. En ese sentido, el Juzgado de Control de Las Palmas de Gran Canaria¹²¹¹ va más allá y establece que el aviso de deportación debe realizarse con una antelación mínima de 12

¹²⁰⁸ MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA, DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe Anual 2014*, Madrid, 2015, párrafo 115, pág. 62.

¹²⁰⁹ Acuerdo Gubernativo nº 286/2012, de los Juzgados de Instrucción nº 6, 19 y 20 de Madrid, de 27 de febrero de 2012.

¹²¹⁰ Auto del Juzgado de Control de Valencia, de 21 de noviembre de 2012.

¹²¹¹ Auto del Juzgado de Control de Las Palmas de Gran Canaria, de 30 de marzo de 2012.

horas, que en ningún caso puede producirse entre las 8:00 pm y las 8:00 am, a fin de que la medida pueda ser informada a sus parientes y amigos con tiempo suficiente, instándose a facilitarle la realización de llamadas telefónicas nacionales e internacionales por cuenta del CIE para tal fin.

Como vemos, en los CIE no se cumple con lo establecido en la jurisprudencia antes citada, ni tampoco se hace eco de las quejas formuladas por diversos organismos nacionales e internacionales. Lamentablemente se suele expulsar a la persona sin informarle ni a ella, ni a sus familiares, previamente de su expulsión, esta situación no solo es inhumana, sino que muchas veces pone a las personas en serios problemas, puesto que, como ya se ha señalado, los extranjeros son deportados a ciudades muy lejanas de su ciudad de origen, no teniendo medios económicos para desplazarse, condenándolos así a situaciones extremas como la mendicidad o en peligro de ser captados por mafias de trata de personas.

2.3.2 Derecho al respeto de su dignidad e integridad física y moral

Al respecto el artículo 16.2 b) del Reglamento de los CIE establece que los internos tendrán derecho:

“ b) A qué se vele por el respeto a su vida, integridad física y salud, sin que pueda en ningún caso ser sometido a tratos degradantes o vejatorios, y a que sea preservada su dignidad y su intimidad. Las personas internadas se designarán por su nombre, salvo manifestación expresa en contrario del interesado.”

Por su parte el artículo 15 de la Constitución Española establece:

“Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra”.

Como podemos apreciar, se concentran en el artículo 16.2 b) del R.D 162/2014, una serie de derechos fundamentales de las personas internadas que se encuentran

íntimamente vinculados a la dignidad humana. Con respecto a esta serie de derechos, debemos manifestar que se han detectado innumerables vulneraciones que son al parecer muy recurrentes en la dinámica del internamiento en los CIE. A fin de lograr un adecuado análisis, los hemos dividido en tres temas fundamentales que consideramos se encuentran íntimamente vinculados a los derechos recogidos en el mencionado precepto:

- Hacinamiento, infraestructura y condiciones carcelarias.
- Falta de criterio para separar a los internos.
- Tratos inhumanos y degradantes.

Como veremos posteriormente, los derechos a la dignidad humana, a la integridad física y la salud, a la intimidad y la prohibición de tratos inhumanos y degradantes, contenidos en el citado precepto del Reglamento de los CIE, se verían constantemente vulnerados por las condiciones en las que se producen los internamientos. Como es evidente, las condiciones de hacinamiento, infraestructura defectuosa y trato carcelario, sumadas a la falta de criterio para separar a los internos y el sometimiento a tratos inhumanos y degradantes, que al parecer padecen los internos en los CIE españoles, no se condicen en lo más mínimo con lo dispuesto en el artículo 16.2 y demás normas del RD 162/2014, que reconocen los derechos de las personas internadas. Por dicha razón, desde nuestro punto de vista resulta necesario analizar y poner en relieve los problemas vinculados a estos temas, a fin de verificar la posible transgresión de los reseñados derechos fundamentales.

Asimismo el artículo 7.3 del Reglamento establece que:

“Se procurará que las instalaciones permitan la separación de los condenados, internados en virtud del artículo 89.6 del Código Penal, o que tengan antecedentes penales, de aquellos otros que se encuentren internos por la mera estancia irregular en España.”

Como podemos apreciar, la norma no establece de manera imperativa la separación de los internos en función a sus antecedentes penales, lo cual consideramos

que es una falencia que debe ser subsanada en breve, a fin de evitar los problemas que ello trae consigo.

2.3.2.1 Hacinamiento, infraestructura y condiciones “Carcelarias”

Uno de los problemas más evidentes y presente en la totalidad de informes que hemos tenido oportunidad de revisar, está referido a las condiciones de hacinamiento, defectuosa infraestructura y condiciones carcelarias en los CIE españoles. Conforme a lo señalado en la parte inicial del presente capítulo, el Reglamento de los CIE establece las instalaciones mínimas que debe tener cada Centro¹²¹². Sin embargo, como veremos a continuación, lo establecido en la norma no se cumple a cabalidad por diversas razones, entre ellas la establecida en la Disposición Adicional Segunda del Reglamento de los CIE, según la cual la aplicación de dicha norma no implicará aumento del gasto público, norma que por obvias razones limita la implementación de mejores condiciones de infraestructura en los Centros.

Como hemos mencionado anteriormente, la mayoría de los CIE han sido cárceles o cuarteles militares que luego han sido adaptados para albergar extranjeros pendientes de expulsión. Es decir, no solo se ha detectado que en muchos de ellos existe hacinamiento, sobre todo en algunas épocas del año, sino que sumado a ello, la infraestructura, y por ende la dinámica presente en ellos, tiene los ribetes de centros penitenciarios, lo cual no se condice en lo más mínimo con su naturaleza formal, siendo el punto de partida de los problemas más tangibles en estos centros.

En ese sentido, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos- TEDH ha establecido que las condiciones de privación de libertad deben ser las adecuadas, sosteniendo que la orden de detención y su ejecución deben ser conformes a las restricciones del artículo 5.1 del CEDH, que como hemos reseñado anteriormente, contempla una serie de posibles restricciones a la libertad, entre ellas el internamiento de extranjeros irregulares. De igual forma, debe existir una cierta relación entre el ámbito de la privación de libertad permitida y el lugar y las condiciones de la detención,

¹²¹² Los CIE deben contar con instalaciones de dirección y administración, servicio de vigilancia, control de entrada y salida, asistencia sanitaria, asistencia social, jurídica y cultural, comedor, alojamiento de internos, aseos y duchas, comedor, locutorios, espacios de recreo, etc.

debiendo ser proporcionada¹²¹³. Como es de verse, en aplicación de la jurisprudencia del TEDH, las condiciones de los CIE deberían guardar relación con su finalidad y naturaleza (centros no penitenciarios y finalidad únicamente cautelar), debiendo ser mucho menos restrictivas de aquellas que se dan en las cárceles. Sin embargo, como veremos más adelante, no se cumpliría con dicha premisa.

a) Condiciones carcelarias y hacinamiento

Como hemos advertido, entre los graves problemas que presentan los CIE se encuentran las condiciones carcelarias en todos ellos, y el hacinamiento que se presentan en alguno en ciertas épocas del año.

Al respecto, el Informe emitido por la Relatora Especial de la ONU Sra. Gabriela Rodríguez Pizarro en el año 2003¹²¹⁴, señala que a pesar de que la detención administrativa de migrantes no tiene carácter punitivo, se pudo percibir que todos los centros visitados eran antiguas prisiones que por su estructura comportaban serias limitaciones. La Relatora Especial visitó el centro de El Matorral, donde se encontraban detenidos 846 migrantes, algunas mujeres entrevistadas por la Relatora Especial informaron que el día de la visita era la primera vez que las dejaban salir al patio, ya que normalmente se quedaban en sus cuartos. Una observación similar se produjo en el seno de la ONU en el año 2015¹²¹⁵, en la cual se critica la situación de los CIE.

Por su parte, en el Informe presentado por la Plataforma de Solidaridad con los Inmigrantes de Málaga, denominado CIEs Cárceles Encubiertas¹²¹⁶, se evidencian las deficientes condiciones de vida, el hacinamiento y falta de espacio o de aire, las malas condiciones de salubridad, frío o calor; asimismo, se ha detectado falta de mantas y otros elementos para condiciones de vida digna. Según este informe, los módulos o

¹²¹³STEDH, de 18 de setiembre de 2012, *Asunto James, Wells and Lee c. Reino Unido*, apdos. 192- 195. ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Derecho a la libertad y seguridad”, cit., pág. 117.

¹²¹⁴ Informe presentado por la Relatora Especial de la ONU, cit., pág.14.

¹²¹⁵ En un informe del 20 de julio DE 2015, titulado *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España*, el Comité de la ONU manifiesta 26 observaciones a España entre las cuales se encuentra la situación de los Centros de Internamiento Para Extranjeros.

¹²¹⁶ PLATAFORMA DE SOLIDARIDAD CON LOS INMIGRANTES DE MÁLAGA, *Centros de Internamiento de Extranjeros, cárceles encubiertas*, 2008, pág. 47.

celdas tienen una capacidad de cuatro ó seis camas, pero algunas veces duermen dos o tres personas más en colchonetas en el suelo. Por su parte, en lo referente al CIE de Málaga¹²¹⁷, se denuncia que en los módulos, de no más de 30 metros cuadrados, se alberga a doce internos, no disponiendo de armarios para sus efectos personales ni su ropa, todas sus mudas permanecen en un lugar aparte al que no tienen acceso, debiendo ser acompañados por un policía para retirarlas. Se advierte además, que los módulos tienen un lado de cristal bastante amplio, lo que permite la observación desde el exterior y desde nuestro punto de vista, es una infracción del derecho a la dignidad e intimidad. Asimismo se hace hincapié en que existe un rigor innecesario en los controles dentro del Centro, muy superior al que existe en los centros penitenciarios.

Por otro lado MIGREUROP, en su Informe denominado “CIE Derechos Vulnerados”¹²¹⁸, destacó que las condiciones carcelarias eran evidentes, mostrándose una falta de adecuación de la misma para un Centro de Internamiento no penitenciario. Se destaca también la dinámica carcelaria en los controles de seguridad dentro del Centro. Asimismo, se pudo verificar la deficiente implantación de sistemas contra incendios y planes de evacuación.

Por su parte, PUEBLOS UNIDOS en su Informe acerca del CIE de Madrid¹²¹⁹ ha detectado una absoluta falta de libertad de la población retenida en los centros, debido a una gestión carcelaria con régimen de alta seguridad. Se observó vigilancia en todo momento, incluso en la sala de visitas (presencia de policías armados o con porras, cámaras de vigilancia, cacheos corporales), cierre de celdas, rejas y barrotes, puertas blindadas, rigidez de horarios, revisión y depósito de efectos personales, control de correspondencia, etc. En su Informe del 2011 denominado: “Miradas tras las rejas”¹²²⁰, también ha hecho referencia a las deficientes condiciones de internamiento en los CIES, haciendo una especial referencia al CIE de Aluche en Madrid. Como parte de su trabajo, ha publicado una serie de testimonios que grafican la realidad de los CIE y nos dan una idea más clara, desde la voz de sus protagonistas de las condiciones de su internamiento; a continuación reproducimos algunos de los testimonios:

¹²¹⁷ PLATAFORMA DE SOLIDARIDAD CON LOS INMIGRANTES DE MÁLAGA, “Centros de Internamiento de Extranjeros...”, cit., pág. 95.

¹²¹⁸ MIGREUROP, *CIE Derechos Vulnerados*, 2011, cit.

¹²¹⁹ PUEBLOS UNIDOS -FUNDACION SAN JUAN, *Los Centros de Internamiento para Extranjeros. El CIE de Madrid, 2008*, págs. 6-8.

¹²²⁰ PUEBLOS UNIDOS, *Miradas tras las rejas*, cit., 2011.

“Nos hacen pasar todo el día en un salón que el único ocio que tiene es una tele y varias máquinas de productos alimenticios de pago que funcionan bastante mal, quedándose muchas veces el poco dinero que tenemos, no siendo este el caso más importante ya que en ese salón nos encierran con llave y dependemos de los agentes para ir al baño, que se encuentra en el pasillo, y cuando alguna de las internas queremos ir tenemos que tocar la puerta hasta casi reventarla para que puedan venir a abrirla, esto cuando lo hacen”.
(Testimonio recogido en noviembre de 2011).

“Hay muchas peleas entre los internos: se pelean por la ducha, por el servicio, por el teléfono, en el desayuno, en la comida... los policías miran y no intervienen, es como si les diera igual o les divirtiera verles pelear”.
(Testimonio recogido en octubre de 2011).

En lo referente a la dotación de celdas individuales o de uso doble, no ha sido implementada en los CIE porque el Ministerio del Interior ha considerado que no existe presupuesto para ello, dicha ausencia obliga a los internos a sufrir una situación de hacinamiento deplorable. Por ejemplo en el CIE de Madrid existen dos turnos de internados, el primero de ellos salen al patio por la mañana y permanecen en las celdas por las tardes sin nada que hacer y el segundo turno, siguen idéntica dinámica, pero en el horario inverso¹²²¹.

Como podemos apreciar, la infraestructura y las condiciones carcelarias en los Centros de Internamiento en España son evidentes, lo que contribuye a que los internados se sientan como si estuviesen purgando una condena en una cárcel y no siendo objeto de una medida cautelar.

b) Decomiso de objetos personales

Otro de los problemas que existen como parte de este carácter carcelario del internamiento en los CIE, estriba en la práctica reiterada de decomiso de los objetos personales de los internos, en condiciones de similar rigurosidad que la que se aplica en

¹²²¹ RÍOS, J., SANTOS, E. y ALMEIDA, C., *Manual para la defensa de los derechos humanos*, 2014, cit., pág. 52.

las cárceles españolas. En ese sentido, MIGREUROP¹²²², en su Informe denominado “CIE Derechos Vulnerados”, ha detectado que no se permite a las personas internas tener consigo sus maletas, sino solamente aquella ropa que seleccionen y cada vez que desean algo de sus enseres, deben solicitar a la policía que les traslade a la sala donde estos efectos se encuentran; los objetos de valor de las personas internas son guardados en una caja fuerte. Del mismo modo, no pueden llevar consigo sus teléfonos móviles, por lo que deben efectuar sus llamadas a través de una de las cabinas de teléfono de monedas que hay en el centro, desde las cuales sólo se pueden realizar llamadas, pero no recibirlas, únicamente se les permite consultar la agenda del móvil para apuntar un número telefónico, pero no para llamar desde dicho dispositivo.

Al respecto, el Defensor del Pueblo en su condición de Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura en su Informe 2014, ha recomendado: “... ***Se debe autorizar el uso de teléfonos móviles sin cámaras, lo que permitiría tanto la recepción de llamadas desde el exterior, como minimizar el coste que supone, actualmente, a los internos, la compra de tarjetas telefónicas. El uso de estos teléfonos conllevaría un cierto control por parte de los responsables del centro, como puede ser la obligación de devolverlos en los horarios establecidos de descanso o aquellos otros controles necesarios para salvaguardar la seguridad de algún interno en concreto...***”¹²²³. De igual forma recomienda, que todos los Centros dispongan de teléfonos públicos en buen estado y que se vigile que no se trafique con las tarjetas telefónicas, dado que se ha detectado que en alguno de ellos los internos pueden adquirirlas pero con sobreprecio.

Es importante destacar, que los teléfonos móviles no se encuentran en la relación de objetos prohibidos por el artículo 56 del Reglamento de los CIE, por lo que no se justificaría tal restricción¹²²⁴. En ese sentido debería permitirse el uso de teléfonos móviles sin cámaras a los internos, tal como lo recomienda el Defensor del Pueblo. Al respecto, existen numerosos Autos de los Juzgados de Control que establecen el derecho de los internos a acceder a sus teléfonos móviles, como es el caso del Juzgado de

¹²²² MIGREUROP, *CIE Derechos Vulnerados*, 2011, cit., pág. 22. En dicho Informe se plasman los resultados de las visitas realizadas por la organización a los CIE de Capuchinos en Málaga, La Piñera en Algeciras, Aluche en Madrid y Zona Franca en Barcelona.

¹²²³ MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA, DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe Anual 2014*, Madrid, 2015, párrafo 127, pág. 64.

¹²²⁴ RÍOS, J., SANTOS, E. y ALMEIDA, C., *Manual para la defensa de los derechos humanos*, 2014, cit., pág. 144.

Control de Murcia¹²²⁵, que determinó que los internos deberán poder acceder a sus teléfonos móviles en el horario de estancia en salas comunes. En igual sentido, el Juzgado de Control de Las Palmas de Gran Canaria¹²²⁶, estableció el derecho al uso de teléfonos móviles en los horarios de visitas. De igual forma, los Juzgados de Control de Madrid¹²²⁷, establecieron el derecho de acceder a los teléfonos móviles y sus cargadores durante por lo menos 4 horas diarias.

c) Problemas detectados en la infraestructura

Otro problema vinculado con las condiciones carcelarias son las deficiencias en la infraestructura de la que adolecen la mayoría de los Centros de Internamiento. Al respecto, Pueblos Unidos en su Informe sobre la situación de los CIE del año 2015¹²²⁸, el cual fue elaborado por las Clínicas Jurídicas Universitarias de la Universidad Pontificia de Comillas, Universidad de Valencia, Universidad de Barcelona y Universidad de Valladolid, establece que los problemas en la infraestructura de los CIE están presentes en la mayoría de ellos.

En el caso del CIE de Aluche en Madrid, se hace referencia a que la construcción y disposición arquitectónica del CIE se asemeja bastante a la de una cárcel, detectándose, entre otros problemas, habitaciones con forma de celda, ventanas que apenas permiten la visión exterior y el paso de la luz, espacios separados por dispositivos de rejas y llaves, reducidos patios internos, duchas insuficientes y problemas en la dotación de agua caliente, hacinamiento, ausencia de módulos perfectamente diferenciados donde alojar separadamente a los internos que han cometido delitos de aquellos sin antecedentes policiales, etc.

Los problemas antes mencionados se presentan también en los demás CIE, pero sin embargo hay algunos CIE que adolecen de otros problemas adicionales, como por ejemplo los CIE de Zapadores en Valencia de Murcia y de Zona Franca en Barcelona no

¹²²⁵ Auto del Juzgado de Control de Murcia de 16 de julio de 2013.

¹²²⁶ Auto del Juzgado de Control de las Palmas de Gran Canaria de 30 de marzo de 2012.

¹²²⁷ Auto de los Juzgados de Control de Madrid Nº 6, 19 y 20, de 28 de enero de 2010, reiterada en otro Auto de fecha 26 de junio de 2015.

¹²²⁸ PUEBLOS UNIDOS- FUNDACIÓN SAN JUAN DEL CASTILLO, *Situación actual de los Centros de Extranjeros en España...*, 2015, cit.

poseen inodoros en el interior de las celdas, las que además son cerradas con llave y no teniendo dispositivo de apertura automática en caso de siniestro; durante las noches los internos para ir al baño deben solicitarlo al personal policial, quien los deben acompañar en todo momento, con la falta de intimidad que ello conlleva. Dicho problema también ha sido materia de una Recomendación del MNP, el cual en su informe 2014 señaló: “... *Es preocupante que los mecanismos de cierre de las celdas/dormitorios, observados en la mayoría de los CIE, no posibilitarían la apertura rápida de las mismas en casos de urgencia, lo que debería corregirse...*”¹²²⁹.

En lo referente a las deficiencias de los Centros en cuanto a provisión de medios materiales para garantizar una adecuada estancia de los internos, el Defensor del Pueblo en su Informe 2014¹²³⁰ ha destacado la falta de personal femenino en la custodia, cuando hay mujeres internas, así como la ausencia en algunos CIE de lavadoras y secadoras, con el fin de que los internos no se vean obligados a lavar su propia ropa y secarla en sus habitaciones o en los patios, de igual forma se ha evidenciado una escasez de ropa y calzado.

En lo que respecta a la infraestructura de los Centros, existe jurisprudencia que establece ciertos parámetros que deberían cumplirse en los CIE, en ese sentido, el Juzgado de Control de Madrid¹²³¹ en reiteradas oportunidades estableció la obligatoriedad de instalar baños en los dormitorios, a fin de que los internos puedan realizar sus necesidades fisiológicas sin intervención de los custodios. Asimismo, el Juzgado de Control de Barcelona¹²³², estableció que debe implementarse un sistema de duchas que permita regular la temperatura del agua y que la duración de la ducha sea adecuada para garantizar una higiene correcta, haciéndose también hincapié en la implementación de tazas de wáter en los dormitorios.

¹²²⁹ MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA, DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe Anual 2014*, Madrid, 2015. párrafo 123, pág. 63.

¹²³⁰ MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA, DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe Anual 2014*, cit., párrafos 121, 124 y 125, pág. 63.

¹²³¹ Auto de los Juzgados de Control de Madrid, de 28 de enero de 2010; de 15 de abril de 2011 y de 25 de noviembre de 2011.

¹²³² Auto del Juzgado de Control de Barcelona (Instrucción 1 y 17), de 15 de enero de 2014.

d) Pronunciamientos del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura-CPT

Sobre la problemática de los CIE no sólo se han pronunciado las instituciones españolas, sino también instancias a nivel internacional, tales como la ONU y el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de los Tratos Inhumanos o Degradantes, en adelante CPT, el que en sus Informes de los años 2013¹²³³ y 2015¹²³⁴, da cuenta de las visitas realizadas en los años 2011 y 2014 a los CIE de Aluche en Madrid y Zona Franca en Barcelona.

Al respecto, el CPT hace hincapié en las condiciones carcelarias en las que viven los internos, recomendando en ambos informes al Estado Español que “**LOS CIE NO DEBEN FUNCIONAR COMO PRISIONES**”, recalca que en cuanto a las condiciones materiales, el artículo 60 de la Ley Orgánica de Extranjería de España establece específicamente que los CIE no son cárceles. Igualmente, en su Informe del año 2013, señaló que la disposición y el diseño de ambos centros muestran un carácter marcadamente carcelario, puesto que presentan ambientes con barrotes en las ventanas, pasillos cerrados y celdas.

Igualmente, el CPT en su Informe 2015, lamenta que las recomendaciones realizadas en el Informe del año 2013 no fueran implementadas, puesto que en el año 2015 verificaron que las condiciones materiales se mantenían sin cambios.

En los dos centros visitados, se comprobó que las persianas en las ventanas impiden a los internos tener acceso suficiente a la luz natural, considerando el CPT que estas persianas no son necesarias ni apropiadas para la detención de las personas. Además, las celdas multi-ocupación aún no habían sido equipadas con mesas ni con sillas, y los detenidos no tenían acceso inmediato a los aseos desde la medianoche hasta las 7 a.m. Se detectó además, que a pesar de las recomendaciones del año 2013, aún existían en ambos CIE celdas sin inodoro incorporado. Se recogió la denuncia de varios

¹²³³ COUNCIL OF EUROPE, “Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT)”, from 14 to 18 July 2014, 2015.

¹²³⁴ COUNCIL OF EUROPE, “Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT)”, from 31 May to 12 June 2011, 2013.

detenidos, los mismos que indicaron que tenían que utilizar botellas de plástico para cumplir sus necesidades fisiológicas, ya que el personal encargado de la custodia no podía abrir la puerta de la celda por la noche. Además, ninguna de las celdas poseía un sistema de llamada para avisar de cualquier incidente a los custodios.

El CPT también detectó en el Centro de Aluche, que los lavabos de las celdas de las mujeres no estaban funcionando.

Igualmente, en el Centro de Aluche, el CPT detectó que a pesar de que en aquel momento el centro tenía un número significativo de celdas desocupadas, muchos de los detenidos fueron recluidos en celdas multi-ocupación, mostrando hacinamiento, dado que no se preveía un mínimo de 4 m² de espacio por persona recluida; en ese sentido se denunció que seis personas fueron recluidas en celdas de 20 m² y ocho personas en celdas de 24 m².

Por otra parte, en el CIE de Zona Franca en Barcelona, el CPT recibió varias quejas de los detenidos en cuanto a la presencia de insectos en la cama, y un médico en el Centro confirmó que se trataba de un problema recurrente. El CPT invita a las autoridades a tomar las medidas necesarias con el fin de resolver este problema.

En relación con el régimen de internamiento, el CPT señala que los detenidos tienen acceso a ejercicio al aire libre, por un periodo de cuatro horas por día en ambos centros, la Cruz Roja Española apoya en ambos centros realizando actividades de ocio, ofreciendo, entre otros, cursos de español a los detenidos. Sin embargo, el número de actividades que se ofrecen sigue siendo limitado, por lo que el CPT recomienda a las autoridades españolas que revisen la política de puertas cerradas. De igual forma, el Defensor del Pueblo en su Informe 2014¹²³⁵, ha recomendado dotar a los CIE de material de ocio para los internos.

Una de las recomendaciones más importantes, es la de procurar que los patios sean techados para evitar las inclemencias del clima, el respecto el Estado Español se

¹²³⁵ MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA, DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe Anual 2014*, cit., pág. 256.

pronunció¹²³⁶ señalando que el diseño arquitectónico realizado por los técnicos incluyó estos elementos de contraventanas: “No solamente afectan a las instalaciones en las que se encuentran los internos, sino que también afectan a las instalaciones del resto del complejo del CIE de Madrid. Pretender ser una adaptación a la climatología local, caracterizada por la abundancia de luz pero también de calor, debidos a la intensa radiación solar”.

Esta problemática ha originado que existan dos versiones, aquella oficial y la encontrada en los informes de las diversas organizaciones. Por ejemplo según la versión oficial en la actualidad las habitaciones de los centros de internamiento disponen de sistemas de llamada, lo cual no se condice con el Informe de Pueblos Unidos 2015, en cuanto a la mesa y sillas, exclusivamente por razones de seguridad, no se considera prudente suministrarlas. Los centros de internamiento de Madrid y Barcelona, cuentan con servicios dentro de las habitaciones, lo cual en el CIE de Barcelona no sería cierto, según lo que refleja el Informe de Pueblos Unidos 2015. En cuanto a la alimentación, la versión oficial establece: “conviene señalar que el artículo 14 del RD 162/2014 atribuye al servicio de asistencia sanitaria de los centros la función de inspeccionar “el estado, preparación y distribución de los alimentos, que serán los adecuados para el mantenimiento de una dieta normal de los extranjeros internados, teniendo en consideración las adaptaciones necesarias en caso de enfermedad o creencia religiosa, o de aquella especial que, a juicio del facultativo, requieran determinados extranjeros. La delegación también recibió quejas sobre la falta de variedad y especificidad cultural de la comida en ambos centros. El CPT recomienda una vez más que las autoridades españolas tomen las medidas necesarias para evitar la detención de las personas en un entorno carcelario, se recomienda que se tomen medidas como la eliminación de persianas, libre acceso a los inodoros a toda hora, revisar la diversidad de la comida, etc.

e) Pronunciamientos del Defensor del Pueblo y del MNP

¹²³⁶DIRECCIÓN GENERAL DE RELACIONES INTERNACIONALES Y EXTRANJERÍA- Ministerio del Interior de España, Comunicación oficial dirigida al CPT de fecha 27 de febrero de 2015.

Asimismo, en el Informe del Defensor del Pueblo correspondiente al año 2011¹²³⁷ se ha manifestado una preocupación debido a que se ha identificado una falencia grave en el funcionamiento de los CIE, al priorizar las medidas de seguridad y control policial de los centros, en claro detrimento de las condiciones de vida de los internos y del mantenimiento de sus derechos no afectados por la privación de la libertad. Además, resaltó que es necesario evaluar el modelo de gestión actual realizada por el Cuerpo Nacional de Policía, proponiendo que dicha custodia policial se realice desde el exterior de las instalaciones, asignándose además el papel de coordinación de la convivencia en el centro, a personal especializado en la intervención social.

Con respecto a las medidas de contención aplicadas en los CIE, el MNP en su Informe del año 2014 ha recomendado que debe implementarse un libro de registro, donde se anote los datos del interno y el detalle del medio de contención utilizado (fuerza física, esposas, separación temporal, etc.)¹²³⁸. De igual forma en dicho informe, se hace hincapié en que las duchas deben contar con mamparas para garantizar la intimidad de los internos.

Asimismo el MNP, en su Informe del año 2014, ha señalado que existen deficiencias de dotación de equipos e infraestructura en algunos CIE, tal como se señalaba en su Informe del 2011, llegando al punto de que en algunos de ellos no existen lavadoras, debiendo los internos lavar su ropa en los lavabos y colgarla en sus propias habitaciones¹²³⁹.

Como podemos apreciar, desde su funcionamiento inicial los CIE han tenido graves falencias de infraestructura, dotación de enseres y mobiliario básico y una dinámica carcelaria muy marcada, a pesar de que la normativa vigente establece su carácter no penitenciario. Creemos que éste es uno de los problemas más graves de los CIE en España, que a pesar de las innumerables denuncias y recomendaciones de

¹²³⁷ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2011 y Debate en las Cortes Generales*, Madrid, 2012, pág. 288.

¹²³⁸ MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA, DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe Anual 2014*, cit., párrafo 109, pág. 59.

¹²³⁹ MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA, DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe Anual 2014*, cit., párrafo 124, pág. 63.

instituciones nacionales¹²⁴⁰ e internacionales¹²⁴¹, el Estado Español no ha podido solucionar.

2.3.2.2 Falta de criterio para separar a los internos.

Lamentablemente ninguno de los CIE que existen en España se encuentra dotado de ambientes que permitan separar a los internos por meras infracciones administrativas, de aquellos que han sido penados por cometer delitos y lamentablemente el Reglamento no dispone dicha medida como obligatoria.

Al respecto el MNP ha venido señalando, en reiterados informes, que sería adecuado separar a los internos que han cometido delitos de aquellos que solo han incurrido en infracción administrativa¹²⁴², que como ya se ha dicho el Reglamento no obliga y sólo contempla la posibilidad, siendo esta quizás una de las causas del por qué en la actualidad en ningún Centro se ha procedido a separar a los internos.

En el mismo sentido, el Defensor del Pueblo ha constatado la ausencia de criterios uniformes para solicitar el ingreso en un centro de internamiento, mezclándose también a los mismos extranjeros que, tras salir de prisión, están pendientes de ser expulsados, con personas que han sido detenidas por mera estancia irregular. Como es de verse, existe una despreocupación manifiesta de la autoridad competente en clasificar a los extranjeros que serán internados en un CIE, hecho que en la práctica trae como resultado que las condiciones de internamiento sean aún más gravosas, como veremos a lo largo de la presente investigación.

Según AGUADO¹²⁴³ “el hecho que el Reglamento utilice la expresión “procurará” no debería significar que queda a la discrecionalidad de la Administración pública, sino que se trata de un mandato imperativo. La crítica a esta regulación es que debería advertirse el carácter excepcional de la posible mezcla de internados, los que

¹²⁴⁰ Entre ellas las del Defensor del Pueblo, las del Ministerio Fiscal, las de Pueblos Unidos, MIGREUROP, Ferrocarril Clandestino, MIGRAESTUDIUM, etc.

¹²⁴¹ Tal es el caso del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de los Tratos Inhumanos o Degradantes- CPT.

¹²⁴² MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA, DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe Anual 2014*, cit., párrafo 122, pág. 63.

¹²⁴³ AGUADO I CUDOLÀ, V., “El régimen jurídico de los Centros de Internamiento de Extranjeros”, cit., pág. 11.

tengan antecedentes penales y los que no. También se encuentra a faltar en que casos sería posible dicha situación excepcional, como por ejemplo, una saturación del CIE. Ello tiene el riesgo de que pueda difuminarse la diferencia con un centro penitenciario.”, afirmación que compartimos en parte, puesto que consideramos que la norma debe ser más clara y consignar de manera imperativa la separación de los internos en función de sus antecedentes penales, sin embargo es cierto que esta falencia trae consigo que el carácter carcelario de los CIE se incremente.

Como hemos visto, en los CIE no existe criterio alguno para separar a los internos, los mismos son reclusos sin importar cuál es el origen de su detención o si algunos de ellos tienen antecedentes penales. JARRÍN¹²⁴⁴ sostiene que según su condición migratoria, existen cuatro grupos de extranjeros reclusos en los CIE: los migrantes interceptados en la travesía, los migrantes que han cumplido pena de cárcel, los migrantes con irregularidad sobrevenida y los migrantes en situación irregular.

- a) Los migrantes interceptados en la travesía: compuesto básicamente por los migrantes procedentes del continente africano que realizan una travesía ardua y dura atravesando el Mediterráneo o el Atlántico en embarcaciones muchas veces precarias, denominadas comúnmente como “pateras”. En dichas embarcaciones llegan hasta territorio español y suelen ser interceptados antes o después de llegar a España (sea a territorio peninsular o extra-peninsular). Los inmigrantes enmarcados dentro de este grupo suelen tomar como estrategia viajar sin ningún documento de identidad, ni ninguno otro que haga referencia a su nacionalidad. Es muy frecuente detectar que los extranjeros que llegan en “pateras” a nuestras costas, no poseen identificación personal alguna con la finalidad de impedir que se identifique el país de donde son nacionales y con ello frustrar o dilatar, en el mejor de los casos, su expulsión de España. Posteriormente a ser capturados por las autoridades españolas, los extranjeros a los que hacemos referencia, son derivados en grupos a los distintos CIE existentes en España, permaneciendo detenidos ahí un promedio de 40 a 60 días

¹²⁴⁴ JARRÍN MORÁN, A.; RODRIGUEZ GARCÍA, D. y DE LUCAS, J.; “Los centros de internamiento para extranjeros en España: Una evaluación crítica”, *Revista CIDOB d'afers internacionals*, núm. 99, septiembre 2012, págs. 211-212.

(máximo legal permitido). Según la autora, en la práctica son pocos los casos en los cuales se detecta la nacionalidad de los extranjeros y puede materializarse su expulsión y en la mayoría de casos las autoridades se ven en la obligación de dejarlos en libertad, una vez cumplido el plazo máximo de internamiento que es de 60 días.

Coincidiendo con JARRÍN¹²⁴⁵, debemos decir que para este grupo de extranjeros los CIE son la puerta de entrada al espacio Schengen, es decir a Europa. Esto se produce porque al cumplirse los sesenta días de internamiento, plazo máximo permitido por la normativa española, éstos son puestos en libertad en las calles de la conurbación urbana más cercana al CIE donde hayan estado recluidos. Esta dinámica migratoria, en la mayoría de casos, es una consecuencia de mafias organizadas en los países de origen, donde se cobran altas sumas de dinero a las personas que tienen el “sueño” de encontrar una “vida mejor” en Europa y arriesgan su integridad física de manera extrema. Esta práctica no sólo tiene como destino preferido las costas españolas, sino también la de otros países europeos, como es el caso de Grecia, Portugal e Italia, donde se produjeron en setiembre de 2013 sendas tragedias, debido al hundimiento de las embarcaciones en las inmediaciones de la Isla de Lampedusa, con la consecuente muerte de cientos de personas¹²⁴⁶.

Resulta usual que las mafias informan a los migrantes, antes de iniciar la travesía, de que en el caso de ser abordados por las autoridades en las costas españolas serán detenidos durante algunas semanas. Como es de verse, si bien están expuestos a la vulneración de sus derechos dentro de los CIE, la idea de ser detenidos a su llegada forma parte de su ruta migratoria. El punto de quiebre se produce una vez que los migrantes han salido de los CIE y tienen que enfrentar una realidad llena de dificultades para encontrar trabajo, vivienda, desconocimiento del funcionamiento del medio y en muchos casos xenofobia.

¹²⁴⁵ JARRÍN MORÁN, A.; RODRIGUEZ GARCÍA, D. y DE LUCAS, J.; “Los centros de internamiento para extranjeros en España...”, cit., pág. 212.

¹²⁴⁶ MUNDIARIO, “Nueva tragedia al naufragar otra barcaza de inmigrantes frente a Lampedusa”, 12/10/2013, <http://www.mundiario.com/articulo/a-fondo/nueva-tragedia-naufragar-otra-barcaza-inmigrantes-frente-lampedusa/20131012014921011282.html>.

- b) Los migrantes que han cumplido pena de cárcel: Entre los que se encuentran aquellos que han cumplido pena de cárcel o que han sido condenados a una pena de dicha naturaleza. Esta situación se produce debido a que la Ley de Extranjería contempla que cuando los extranjeros hayan sido condenados por delitos de tráfico de mano de obra ilegal¹²⁴⁷, así como dependiendo de la naturaleza de cada caso, por delitos relativos a pertenecer a organizaciones terroristas, grupos xenófobos o de tráfico ilícito de drogas¹²⁴⁸, la expulsión se efectuará una vez finalizada la pena privativa de libertad en España. Es por ello que en estos casos los reclusos son enviados directamente desde el centro penitenciario donde cumplieron su condena a los CIE, permaneciendo allí el tiempo que tarde la tramitación de su expulsión.

Por otro lado, existe otra situación derivada de la comisión de un delito, el Artículo 89.1 del Código Penal establece la posibilidad de sustituir por la expulsión, todo o parte de una pena privativa de la libertad cuando ésta sea mayor de un año. De igual forma, el Artículo 89.2 contempla la posibilidad de sustituir una parte de las penas privativas de la libertad superiores a cinco años, luego de cumplirse en España la parte de la pena que los Tribunales estimen conveniente o, en su defecto, podrá darse dicha sustitución, cuando el penado hubiera accedido al tercer grado penitenciario o a la libertad condicional, asimismo, en su artículo 89.5 se establece que en caso de proceder a realizarse la sustitución de la pena se aplicará también un periodo de prohibición de entrada que va desde los 5 hasta los 10 años¹²⁴⁹.

- c) los migrantes con irregularidad sobrevenida : Se trata de aquellos migrantes que, habiéndose encontrado en situación regular, al no contar con un contrato laboral en el momento de la renovación de sus permisos de residencia han perdido los derechos y la condición de legalidad en el país y

¹²⁴⁷ Conductas tipificadas en el Código Penal en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis.

¹²⁴⁸ Conductas tipificadas en los artículos 344, 515, 516, 517 y 518 del Código Penal.

¹²⁴⁹ JARRÍN MORÁN, A.; RODRIGUEZ GARCÍA, D. y DE LUCAS, J.; “Los centros de internamiento para extranjeros en España...”, cit., pág. 213.

se han convertido en irregulares expulsables. Esta situación es cada vez más frecuente, ya que los migrantes han sido uno de los colectivos más afectados por la crisis desencadenada en 2008, y constituyen el 34,82% de la tasa total de la población en paro según los datos publicados por el Instituto Nacional de Estadística (INE) en diciembre de 2011.

- d) los migrantes en situación irregular: Que son personas de diversa procedencia geográfica (América Latina, África, Asia y Europa del Este), que han entrado al país de forma irregular, clandestina o mediante un visado de turismo y que han permanecido en el país residiendo y trabajando sin los permisos correspondientes.

Los datos publicados en el informe de CEAR¹²⁵⁰ exponen que el 25% de las personas retenidas en los CIE pertenecen a la categoría (1) interceptados en la travesía; el 40,2% ha residido de 4 a 10 años en España, el 15,9% de 1 a 3 años, el 9,4% menos de un año, el 5,6% de 10 a 19 años, y el 2,8% 20 años o más. En este sentido, más del 60% de los inmigrantes detenidos en los CIE, pese a su condición de irregularidad, han establecido redes familiares, sociales y laborales que se verán interrumpidas con la expulsión, o amenazadas en el caso de aquellos que permanecen en España en la condición de irregularizable, denominada como personas en el *limbo jurídico*¹²⁵¹.

Por su parte, en relación a este problema PUEBLOS UNIDOS¹²⁵² ha denunciado que, en muchos casos, se mezcla a gente con antecedentes que viene incluso de prisiones, con personas sin ningún antecedente penal ni policial, manifestándose que muchos de ellos viven en una situación de miedo e incertidumbre por esta causa. A continuación hemos querido graficar someramente la situación reproduciendo los siguientes testimonios obtenidos por PUEBLOS UNIDOS:

¹²⁵⁰ PEREZ – SALES, P., *Situación de los Centros de Internamiento para extranjeros en España*, Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) en el marco del estudio europeo DEVAS, Madrid, 2009, pág. 80.

¹²⁵¹ JARRÍN MORÁN, A., “La persona en el “limbo jurídico: *ni expulsables ni regularizables en España*”, en *Ponencia del IV Congreso de la Red Internacional de Migración y Desarrollo, Crisis Global y Estrategias Migratorias: Hacia la redefinición de las políticas de movilidad*, 18-20 mayo 2011-FLACSO, Quito, Ecuador, pág. 2.

¹²⁵² PUEBLOS UNIDOS- FUNDACIÓN SAN JUAN, *100 ventanas a 5000 vidas frustradas*, 2010, pág. 13.

“Aquí hay gente buena y gente mala ¿sabe? Mi sobrino está atemorizado. Él no quiere meterse en líos pero los hay que sí dan muchos problemas ahí dentro. No queremos que esté mezclado con esa gente”.

“N. me cuenta que en el CIE hay gente muy distinta, gente muy buena y gente que roba y toma drogas y que no quiere que le relacionen con estos últimos”.

“Nos avisan de un motín en el CIE. Cuando llegamos no está el Director y el Jefe de Seguridad está muy nervioso. Por la mañana ha habido una pelea en el comedor. En el desayuno, un interno ha golpeado a un policía y le han tenido que dar un par de puntos en el mentón. Además, otros internos le secundaron y reventaron una puerta”.

a) Grupos vulnerables

Los grupos vulnerables son aquellos colectivos cuyas características los hacen especialmente vulnerables frente a los demás individuos de la sociedad. Según la Comisión de Atención a Grupos Vulnerables se puede conceptualizar como: “Persona o grupo que por sus características de desventaja por edad, sexo, estado civil; nivel educativo, origen étnico, situación o condición física y/o mental; requieren de un esfuerzo adicional para incorporarse al desarrollo y a la convivencia¹²⁵³”.

Con respecto al internamiento de grupos vulnerables, AMNISTÍA INTERNACIONAL en su Informe 2013¹²⁵⁴, pide que se evite de todas las formas posibles la aplicación de la medida cautelar de internamiento para grupos especialmente vulnerables, como son: personas solicitantes de asilo o refugiados y especialmente a menores, pues ante todo debe tenerse en cuenta su interés superior, dado que es un principio reconocido en numerosos Tratados Internacionales y en el art. 35 de la LO 4/2000, además, según este organismo el hecho de separar a los niños o niñas de sus padres viola su derecho a la unidad familiar y atenta contra su normal desarrollo.

¹²⁵³ <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/camara/Comision-de-Atencion-a-Grupos-Vulnerables>, fecha de consulta 17/04/2016.

¹²⁵⁴ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *El Estado de los Derechos Humanos en el mundo. Informe 2011*, Madrid, 2012.

Debemos señalar que otro grupo especialmente vulnerable son las mujeres, pues, a pesar de todos los avances en el reconocimiento de sus derechos, son las mujeres quienes en su mayoría son víctimas de discriminación, como lo señala WOMEN'S LINK WORLD WIDE¹²⁵⁵. Se ha documentado que, en comparación con la población masculina, las mujeres cuentan con menos espacios comunes y de ocio y menor tiempo de recreo, entre otros aspectos que hacen su estancia más deplorable. Esta situación se agrava en el caso de embarazo, pues no se cuenta con los servicios de sanidad necesarios para asegurar la salud de las embarazadas, en opinión de AMNISTÍA INTERNACIONAL, la simple condición de embarazo debería ser causa suficiente para no decretar el ingreso en los CIE. Lamentablemente, este supuesto no constituye una excepción a la medida de internamiento en la normativa española, dado que ingresan a los CIE mujeres embarazadas¹²⁵⁶.

Por otro lado, en lo referente a las mujeres víctimas de trata, según WOMEN'S LINK¹²⁵⁷, no existen mecanismos adecuados que garanticen la correcta identificación de las víctimas y, en consecuencia, no se les brinda la información necesaria respecto a su situación, ni se les informa correctamente de los derechos con los que cuentan, como la posibilidad de solicitar asilo.

Como podemos apreciar, la falta de criterio para separar a los extranjeros internados no es una mera falencia que pueda ser subsanada con otras acciones. Ello trae consigo que en muchas ocasiones la estancia de la persona extranjera se convierta en un infierno que muchos quieren olvidar.

2.3.2.3 Tratos inhumanos y/o degradantes y violencia física y psicológica.

El Tribunal Constitucional ha establecido en abundante jurisprudencia¹²⁵⁸ que los tratos inhumanos consisten en: “la irrogación de padecimientos físicos o psíquicos

¹²⁵⁵ WOMEN'S LINK WORLDWIDE, *Mujeres en los centros de internamiento de extranjeros (CIE). Realidades entre rejas*, Madrid, 2012.

¹²⁵⁶ AMNISTÍA INTERNACIONAL, *El Estado de los Derechos Humanos en el mundo*, cit.

¹²⁵⁷ WOMEN'S LINK WORLDWIDE, *Mujeres en los centros de internamiento de extranjeros (CIE). Realidades entre rejas*, cit.

¹²⁵⁸ SSTC 120/90 de 27 de junio; 57/94 de 28 de febrero y 196/2006 de 3 de julio.

ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con propia intención de vejar y dobligar la voluntad del sujeto”.

Asimismo el Tribunal Supremo ha determinado: “La tortura y los tratos inhumanos y degradantes son actos intolerables de violación de la dignidad humana y su prohibición constituye un valor fundamental de las sociedades democráticas. Por ello, tal prohibición es absoluta para todo tipo de supuestos con independencia de la conducta pasada o temida de las personas investigadas, detenidas o penadas. No admite ponderación justificante alguna con otros derechos o bienes constitucionales”¹²⁵⁹.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha determinado en lo referente a la aplicación del artículo 3 CEDH que: “El artículo 3 CEDH consagra uno de los valores fundamentales de las sociedades democráticas. Incluso en las circunstancias más difíciles, como la lucha antiterrorista y el crimen organizado, el Convenio prohíbe en términos absolutos la tortura y las penas o tratos degradantes”¹²⁶⁰. Como es de verse, la prohibición de la tortura o de las penas y tratos inhumanos o degradantes es absoluta, sin importar los hechos atribuidos al sujeto pasivo¹²⁶¹.

En lo referente a los Centros de internamiento de Extranjeros en España, debemos señalar que uno de los problemas más denunciados en el internamiento de extranjeros, es el referido a los maltratos que éstos sufren de diversas formas, llegando en muchos casos a tener el carácter de tratos inhumanos y/o degradantes. Como hemos sostenido reiteradamente en el presente trabajo, el internamiento de extranjeros no es una sanción sino una medida cautelar, como tal, el internamiento, y en especial los Centros de Internamiento, deben tener condiciones mejores que la de las prisiones y sobre todo deben respetar las condiciones mínimas de habitabilidad y respeto de la dignidad humana. Lamentablemente, de los innumerables informes que sobre la materia existen desde su creación en el año 1985 hasta la actualidad, así como de las denuncias presentadas, podemos deducir que los maltratos y condiciones infrahumanas siguen presentes.

¹²⁵⁹ STS 480/2009 de 22 de mayo.

¹²⁶⁰ SSTEDH, Asunto *Selmouni c. Francia*, (TEDH 1999, 30), GS, num. 25802/1994, ap. 95; Asunto *V. y Assenov y otros c. Bulgaria* de 28 de octubre de 1998 (TEDH 1998, 101).

¹²⁶¹ RÍOS, J., SANTOS, E.; ALMEIDA, C., *Manual para la defensa de los derechos humanos de las personas encerradas en los Centros de Internamiento (CIE)*, GAKOA, Donostia, 2014, pág. 173.

a) **Tratos Inhumanos.**

Uno de los problemas detectados que trae consigo una situación de maltrato a los internos es la ausencia de cierto mobiliario, respecto a ello, la Plataforma de Solidaridad con los Inmigrantes de Málaga¹²⁶² denunció en su oportunidad la ausencia de sillas en el comedor de los hombres, por lo que los internos debían comer de pie. Este hecho, sostiene la ONG, aparte de ser contraria a los más elementales criterios de dignidad humana, suponía una infracción del artículo 14.2¹²⁶³ de la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999 (vigente en aquél momento), que exige la necesidad de mobiliario suficiente para el uso al que se destina, lo que evidentemente son las sillas en un comedor.

Por otro lado, según el Informe de CEAR, denominado “Situación de los Centros de Internamiento en España”¹²⁶⁴, se ha verificado que en dos de los tres Centros visitados, existe evidencia de torturas y malos tratos hacia los internos, lo cual es un indicador importante de la incidencia de estas prácticas en dichos Centros. Se verificó que los módulos no cuentan con mobiliario alguno que preserve sus efectos personales y su intimidad, viéndose obligados a poner sus efectos personales en el suelo. Asimismo, se manifestó que los baños muchas veces tienen características deplorables, no contando con puertas ni cortinas entre los inodoros, hecho que impide mantener una privacidad mínima en el momento de hacer sus necesidades fisiológicas. De igual forma, se puso en relieve que constituye una práctica reiterada no permitir el acceso a los baños durante la noche, dado que los módulos (celdas) se cierran durante ese periodo. Por lo tanto, los internos tienen que realizar sus necesidades fisiológicas en los lavabos lo cual atenta contra la salubridad y la dignidad de las personas. Por otro lado, los detenidos lavan la

¹²⁶² PLATAFORMA DE SOLIDARIDAD CON LOS INMIGRANTES DE MÁLAGA, *Centros de Internamiento de Extranjeros, cárceles encubiertas*, cit., 2008, pág. 96.

¹²⁶³ Artículo 14.-

4. Todas las instalaciones y dependencias deberán satisfacer las condiciones de higiene y estar acondicionadas de manera que el volumen de espacio, ventilación, agua, alumbrado y calefacción, se ajusten a las normas de habitabilidad y a las condiciones climáticas de la localidad donde se halle ubicado el centro. Asimismo, deberán estar equipadas del mobiliario suficiente para hacerlas aptas al uso a que se destinan.

¹²⁶⁴ PEREZ – SALES, P., *Situación de los Centros de Internamiento para extranjeros en España*, Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) en el marco del estudio europeo DEVAS, Madrid, 2009. En dicho Informe se hace alusión que en los CIEs de Madrid y de Valencia existe evidencia de torturas y malos tratos a los internos, existiendo muchas denuncias en el CIE de Málaga cuya gravedad no pudo demostrarse.

ropa en los lavabos y la tienden dentro de la habitación, aumentando el aspecto de abandono en las celdas.

En relación a la dotación de mobiliario en las celdas, el Comité Europeo de Protección contra la Tortura y Tratos Inhumanos y Degradantes en su informe del año 2015, ha recomendado dotar a las celdas de una mesa y sillas a fin de que los internos tengan mayores comodidades en su estancia. En respuesta a ello, el Estado Español ha sostenido que por motivos de seguridad no es posible implementar dicho mobiliario, habiéndose dotado a las celdas de baldas metálicas. Como podemos apreciar, las autoridades estatales enfocan el funcionamiento de los CIE como centros penitenciarios, priorizando las “medidas de seguridad”, por encima de la comodidad de los internos.

Por su parte, WOMEN’S LINK en su informe 2012¹²⁶⁵ ha destacado que las internas entrevistadas dicen que se ven obligadas a dar explicaciones al funcionario sobre su regla para que les den más compresas. Asimismo, indican que los baños no cuentan con bidés, por lo que tienen que hacer uso de botellas para llevar a cabo su higiene personal.

Por otro lado, con respecto a la alimentación, la mayoría de las mujeres entrevistadas por WOMEN’S LINK WORLD WIDE¹²⁶⁶ se quejan respecto a la cantidad de alimento y agua que se les proporciona; igualmente, de acuerdo con el informe de Pueblos Unidos del año 2011¹²⁶⁷, ésta no se adapta a las necesidades especiales que pudieran requerir algunos internos, como celíacos, diabéticos, embarazadas, entre otros.

En lo referente al derecho a la intimidad de los internos, debemos señalar que el Juzgado de Control de Madrid¹²⁶⁸ instó a garantizar la existencia de puertas, cortinas o similares separadoras en los retretes, a fin de tutelar el derecho a la intimidad de las personas en el momento de realizar sus necesidades fisiológicas.

¹²⁶⁵ WOMEN’S LINK WORLDWIDE, *Mujeres en los centros de internamiento de extranjeros (CIE). Realidades entre rejas*, cit.

¹²⁶⁶ IBIDEM.

¹²⁶⁷ PUEBLOS UNIDOS -FUNDACION SAN JUAN DEL CASTILLO, *Miradas tras las Rejas*, Madrid, 2011, pág. 201.

¹²⁶⁸ Auto del Juzgado de Control de Madrid, de 28 de enero de 2010.

b) Tratos degradantes

b.1 Desnudo Integral

Adicionalmente a los otros hechos señalados, debemos hacer hincapié en una práctica que desde nuestro punto de vista constituye un trato degradante y vulnera la dignidad humana, nos referimos a los desnudos integrales a los internos e internas. En este sentido, MIGREUROP¹²⁶⁹ señala de especial relevancia la práctica del desnudo integral a la que se somete a las personas que van a ingresar en el CIE de Algeciras, lo que para ellos resulta absolutamente intolerable, suponiendo una agresión clara y fehaciente a los derechos de la persona. Si bien las actuaciones de desnudo integral vienen reguladas por las Instrucciones respectivas de Seguridad¹²⁷⁰, dicha organización señala que aquella práctica debe ser excepcional, dirigida a personas detenidas por la comisión de un hecho delictivo o a los internos en centros penitenciarios, careciendo de justificación legal la realización de estas prácticas en los CIE. En ese sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional¹²⁷¹, señalando que la medida es de carácter excepcional y que no puede justificarse solamente en la seguridad del centro, sino que su aplicación debe estar conectada con otra conducta previa del intervenido, debiendo ser realizada con sumo cuidado de infringir el menor daño posible a la persona, previa información adecuada de los motivos y procedimientos a realizar.

Sobre este tema el Defensor del Pueblo en sus Informes Anuales como Mecanismo Nacional de Prevención contra la Tortura- MNP, de los años 2012, 2013 y 2014, ha enfatizado que ***“Los registros personales con desnudo se deben fundamentar***

¹²⁶⁹ MIGREUROP, *CIE Derechos Vulnerados*, cit., pág. 56.

¹²⁷⁰ La Instrucción 7/1996, de 20 de diciembre, del Secretario de Estado de Seguridad, en relación con la práctica de desnudos integrales a detenidos, con el fin de averiguar si portan entre sus ropas o en los pliegues de su cuerpo algún objeto peligroso o prueba incriminatoria; la Instrucción 19/2005, de 13 de septiembre, del Secretario de Estado de Seguridad, relativa a la práctica de las diligencias de registro personal por las fuerzas y cuerpos de seguridad; así como la Instrucción 12/2007, de la Secretaría de Estado de Seguridad sobre los comportamientos exigidos a los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado para garantizar los derechos de las personas detenidas o bajo custodia policial.

¹²⁷¹ SSTC 57/1994, de 28 de febrero y 17/2013, de 31 de enero.

debidamente, tal como se establece en la STC 17/2013, de 31 de enero¹²⁷², para que dicha medida pueda ser comprendida, tanto por el propio afectado, en caso de que quiera ejercer su derecho a formular una queja o reclamación o contar con la asistencia de su abogado, como, llegado el caso, por el órgano judicial al que corresponde el control sobre la medida de ingreso acordada, para que pueda valorar la razón que justifique el sacrificio del derecho a la intimidad personal”¹²⁷³. Lamentablemente al parecer, a pesar de las recomendaciones antes reseñadas, la práctica del desnudo integral sigue siendo una constante, lo cual vulnera el derecho a la intimidad de las personas.

b.2 Identificación por números

Otro hecho que resulta denunciado por constituir un trato degradante, es la identificación de los internos por un número de registro. Al respecto, en el mencionado Informe del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, se manifiesta que resulta sorprendente el hecho de que en la mayor parte de los CIE, las personas no sean identificadas por su nombre y apellidos sino por un número, hecho que conlleva una grave despersonalización e infravaloración de la persona interna en el CIE. En su Informe del año 2014 sostiene: “ ***...La práctica consistente en identificar o llamar por un número y no por su nombre y apellidos a los internos de los CIE debe erradicarse, en aras del respeto de la dignidad de los internos, en cuanto seres humanos, que debe ser un valor ético fundamental para los responsables y funcionarios de los CIE, de acuerdo con el artículo 10 del PIDCP que establece: “Toda persona***

¹²⁷² En efecto la STC 17/2013, de 31 de enero, el TC considera, en su Fundamento jurídico 14 que, “...En cuanto a la finalidad del registro en sí, es indudable que una medida como la prevista en el precepto impugnado puede constituir, en determinadas situaciones, un medio necesario para la protección de la seguridad de un centro de internamiento, garantizando así la convivencia ordenada en el mismo. (...) al adoptar tal medida, es preciso ponderar, adecuadamente y de forma equilibrada, de una parte, la gravedad de la intromisión que comporta en la intimidad personal y, de otra parte, si la medida es imprescindible para asegurar la defensa del interés público, expresado en el mantenimiento del orden y la seguridad en el centro, que se pretende proteger. Y bien se comprende que el respeto a esta exigencia requiere la fundamentación de la medida por parte de la Administración, pues sólo tal fundamentación permitirá que sea apreciada por el afectado, en primer lugar, teniendo en cuenta el derecho que asiste al interno, conforme al art. 62 quáter LOEx, de formular quejas y reclamaciones o de contar con la asistencia de su abogado [art. 62 bis.f) LOEx] y, llegado el caso, por el órgano judicial, al que corresponde el control sobre la medida de ingreso por él acordada, para que pueda valorar la razón que justifique, atendidas las circunstancias del caso, el sacrificio del derecho fundamental (art. 62.6 LOEx)....”.

¹²⁷³ MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA, DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe Anual 2014*, Madrid, 2015, párrafo 111, pág.61.

privada de libertad será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano”...¹²⁷⁴.

Al respecto, el Comité Europeo de Protección contra la Tortura y Tratos Inhumanos y Degradantes en su informe del año 2015, ha recomendado cambiar esta dinámica, puesto que los internos son personas con nombres y apellidos y no meros objetos a los cuales identificarlos con un número. En respuesta a ello, el Estado Español ha señalado que el Nuevo Reglamento de los CIE establece que los internos deben ser llamados por su nombre, habiéndose dispuesto que en los Centros se cese en la práctica de llamarlos por su código de identificación. Sin embargo, en la práctica, aún existen quejas de internos que sostienen que se les sigue llamando por dichos códigos en los llamados de megafonía dentro del Centro.

c) Violencia física y psicológica

Con respecto a la violencia física y psicológica en los CIE, se ha pronunciado, entre otras muchas instituciones, la Plataforma de Solidaridad con los Inmigrantes de Málaga¹²⁷⁵, en cuyo informe se puso de manifiesto que los abusos producidos en el Centro de Capuchinos de Málaga, son el caso más extremo de un maltrato y abusos extendidos y bastante amplios en los CIE por parte de la policía. Se reiteró que en estos espacios las libertades no existen y los policías gozan de poderes exorbitantes, dado que el régimen interno prevé el empleo de la fuerza física con el fin de restablecer la normalidad, debido a estas denuncias el CIE de Málaga fue cerrado en el año 2012.

Por otro lado, PUEBLOS UNIDOS¹²⁷⁶ ha constatado en algunos centros casos de violencia física y verbal contra las personas retenidas por parte del personal encargado de la vigilancia y seguridad. Los internos denuncian haber sido golpeados por cometer un error, como salirse de la fila durante la distribución de las comidas o sentarse en un puesto distinto al asignado. Se ha denunciado también que en el CIE de

¹²⁷⁴ MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA, DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe Anual 2014*, cit., párrafo 110, pág.61.

¹²⁷⁵ PLATAFORMA DE SOLIDARIDAD CON LOS INMIGRANTES DE MÁLAGA, *Centros de Internamiento de Extranjeros, cárceles encubiertas*, cit., pág. 96.

¹²⁷⁶ PUEBLOS UNIDOS -FUNDACION SAN JUAN, *Los Centros de Internamiento para Extranjeros...*, 2008, cit. pág. 6.

Aluche en Madrid, existen graves disfunciones en lo que respecta a la atención de los internos, tales como cacheos corporales, intimidaciones, maltratos y palizas, abusos verbales y físicos (sobre todo cuando piden ir al baño), lanzamiento de la comida en las bandejas, etc. En su Informe 2011 denominado “Miradas tras las rejas”¹²⁷⁷, ha puesto en relieve los maltratos sufridos por los internos en este CIE, recogiendo testimonios de algunas de las víctimas las cuales reproducimos:

“El 31 de octubre dos policías le pegaron, lleva un brazo vendado. Cuenta que fue a raíz de una cajetilla de tabaco que no le salía de la máquina; la policía le dijo que no se preocupase, que al día siguiente vendría el de la máquina y se lo daría. Él fue a preguntar al día siguiente y le contestaron mal, diciéndole que se fuese a desayunar. Un policía se pasó todo el desayuno mirándole y se acercó a él y le dijo: «¿Qué miras?». M. dijo: «Yo no te estoy mirando, eres tú y no me dejas desayunar». Le dijo que no fuese a su habitación y que se quedase en el patio. Cuando ya no había internos le dijo que le acompañase y se lo llevó a las escaleras donde M. dice que no hay cámaras; el policía le agarró y otro llegó por detrás y le dio con una porra en la mano. Él les dijo que le dieran sus números de placa, ellos se pusieron chulos y dijeron «vete a tu chabola» y le dieron unos números el 11888 y el 11811, que después se ha comprobado que eran falsos. Escribió una carta con la queja para el juez de vigilancia, que le tomó declaración”. (7 de noviembre de 2011).

“R. tiene un cardenal en su brazo izquierdo, tres marcas de porra en su brazo derecho y una marca cerca de su cuello, todo esto producto de los golpes recibidos por los antidisturbios durante el cacheo del domingo. R. explicó que el domingo, a raíz de un problema en una celda vecina a la suya, donde los internos habían destrozado el mobiliario, llegaron antidisturbios al módulo 1 y castigaron con golpes y amenazas a todos los miembros de dos celdas sin escuchar a nadie ni nada”. (25 de mayo de 2011).

“Desde que hicimos la huelga de hambre nos están «martirizando psicológicamente» porque pasan las porras por las celdas, con el ruido que esto

¹²⁷⁷ PUEBLOS UNIDOS -FUNDACION SAN JUAN DEL CASTILLO, *Miradas tras las Rejas*, 2011, cit.

ocasiona; nos levantan dando con la porra en la cama y por megafonía suenan cosas como «hoy estáis aquí, pero mañana no sabemos», «a levantarse que esto no es un hotel de cinco estrellas»”. (25 de octubre de 2011)¹²⁷⁸.

Como podemos apreciar, las denuncias por maltratos en los CIE son innumerables, por ello el Defensor del Pueblo de España manifiesta su preocupación por este problema reiterado desde hace varios años. Ya en 1989 el Defensor del Pueblo¹²⁷⁹ denunciaba la gran discrecionalidad en la imposición de sanciones en el CIE de La Verneda (Barcelona), en dicho informe se señala que los extranjeros permanecen encerrados en celdas individuales 24 horas al día y en la oscuridad, donde comen y hacen sus necesidades. Tras una huelga de hambre de cerca de 60 retenidos, el Defensor del Pueblo de Cataluña y diversas organizaciones sociales solicitan en 2004 la clausura de este centro, lo cual produjo su cierre en el año 2006, siendo reemplazado por el CIE de Zona Franca en Barcelona. En el Informe correspondiente al año 2011¹²⁸⁰, se expresó la preocupación de dicha Institución por el sobreseimiento de actuaciones judiciales seguidas por presuntos malos tratos, al haberse expulsado en ocasiones al interno antes de su toma de declaración, se hacía referencia acerca del hecho de que aún continúan en tramitación las diligencias judiciales iniciadas en el año 2006 tras la denuncia formulada por varias internas, contra funcionarios de custodia de Málaga, por su presunta implicación en posibles abusos sexuales.

Remitiéndonos al Informe de Pueblos Unidos del año 2015¹²⁸¹, debemos destacar que hace referencia a su vez al informe del CPT del año 2015, denunciando que en el CIE de Zona Franca en Barcelona se producen frecuentes conflictos entre internos, que se inician con altercados verbales y que acaban con confrontaciones con violencia física, sin que la policía haga todo lo necesario para evitarlos. El informe también menciona que la delegación de la CPT, recibió algunas denuncias de malos tratos hacia los extranjeros consistentes en bofetadas, puñetazos, así como abusos verbales, en un

¹²⁷⁸ IBIDEM.

¹²⁷⁹ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 1999 y Debate en las Cortes Generales*, Madrid, 2000, pág. 332.

¹²⁸⁰ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2011 y Debate en las Cortes Generales*, Madrid, 2012, pág. 290.

¹²⁸¹ PUEBLOS UNIDOS, FUNDACIÓN SAN JUAN DEL CASTILLO, *Situación actual de los Centros de Extranjeros en España...*, cit., 2015.

turno concreto de policías, también consta en el informe que la policía lleva las defensas en el interior del CIE y que en ocasiones las ha utilizado contra algún interno.

Como es de verse, las denuncias y evidencias de malos tratos en los CIE de España persisten hasta la actualidad, a pesar de la aprobación del nuevo Reglamento de los CIE y a pesar, sobre todo, de las reiteradas denuncias y recomendaciones de instituciones nacionales e internacionales.

2.3.3 Derecho a la asistencia médica y sanitaria y a los servicios de asistencia social y cultural

Las personas ingresadas en los CIE tienen el derecho a que se le preste la asistencia sanitaria preventiva y de cuidados. Por otro lado también tiene derecho a que se les facilite apoyo social. En ese sentido el artículo 16.2 del Reglamento de los CIE establece en sus apartados e) y f) que los internos tienen derecho:

“e) A recibir asistencia médica y sanitaria adecuada y ser atendido por los servicios de asistencia social del centro.

f) A recibir un seguimiento médico especial, para las mujeres de las que se tenga constancia que se hallan embarazadas.”

Como vemos en este apartado del Reglamento, se otorga dos derechos a las personas internadas, el primero de ellos referido a la asistencia sanitaria, haciendo especial hincapié en las mujeres embarazadas y el segundo, relativo al derecho a la asistencia social y cultural. A continuación desarrollaremos cada uno de dichos derechos.

2.3.3.1 Derecho a la asistencia sanitaria

Existe un amplio marco legal que regula este derecho, así tenemos el artículo 14 del mismo cuerpo normativo que establece:

1. “En cada centro existirá un servicio de asistencia sanitaria bajo la responsabilidad de un médico perteneciente a la Administración General del estado, que estará auxiliado en sus cometidos por, al menos, un ayudante técnico sanitario o diplomado o graduado universitario en enfermería. La Dirección General de la Policía dispondrá lo necesario para garantizar la adaptación de dicho servicio a las necesidades existentes en cada momento en el centro, en función del nivel de ocupación.”

Asimismo el artículo 7.4 establece:

“4. En los centros existirá un servicio de asistencia sanitaria con disponibilidad de personal, instrumental y equipamiento necesario para la atención permanente y de urgencia de los internos.

Existirán las dependencias necesarias para la permanencia de los extranjeros internados que, según el informe emitido por el facultativo, aun no requiriendo atención hospitalaria en razón de la enfermedad física o psíquica o toxicomanía apreciada en su reconocimiento, aconseje su separación del resto de los internados, medida que será comunicada inmediatamente al Juez competente para el control de la estancia de los extranjeros en el centro.”

En lo referente a las funciones del servicio sanitario de los CIE el artículo 14.2 del Reglamento señala:

“2. Corresponde al servicio de asistencia sanitaria, además de la atención sanitaria, médica y farmacéutica de los extranjeros internados, la inspección de los servicios de higiene, informando y proponiendo a la dirección, para su aprobación y previo examen de la junta de coordinación, las medidas necesarias y suficientes, en relación con:

a) El estado, preparación y distribución de los alimentos, que serán los adecuados para el mantenimiento de una dieta normal de los extranjeros internados, teniendo en consideración las adaptaciones necesarias en caso de enfermedad o creencia religiosa, o de aquella especial que, a juicio del facultativo, requieran determinados extranjeros.

b) El aseo e higiene de los extranjeros internados, así como de sus ropas y pertenencias.

- c) La higiene, calefacción, iluminación y ventilación de las dependencias.
- d) Los servicios de control periódico de la salubridad.
- e) La prevención de epidemias y adopción de medidas de aislamiento de pacientes infecto-contagiosos.

A pesar de las normas acotadas, debemos señalar que la deficiente atención sanitaria en los CIE es otro de los problemas más tangibles que podemos apreciar en los informes que hemos revisado. La mayoría de ellos hacen hincapié en que no existen médicos dedicados especialmente a la atención de los internos, según puede desprenderse, los médicos que trabajan en los CIE son en su mayoría médicos privados que laboran en los centros dos o tres veces por semana, contraviniéndose con ello la obligación impuesta por el Reglamento que establece que los servicios médicos deben ser dirigidos por un médico perteneciente a la Administración General del Estado. Por otro lado, existen muchas denuncias acerca de internos que sufren enfermedades crónicas, cuyo tratamiento no ha sido debidamente prestado poniendo en grave riesgo su salud.

Este problema también fue advertido por la Relatora de la ONU¹²⁸², la cual cuando visitó los CIE de Barcelona y Algeciras, detectó que la presencia del personal sanitario era casi inexistente. En sus visitas se entrevistó con algunas mujeres extranjeras, algunas de ellas con enfermedades crónicas, que denunciaron que las medicinas que debían tomar diariamente se las proveían de manera irregular. Por dicha razón, recomendó al Estado Español la mejora de las condiciones de los Centros de Internamiento, sobre todo en lo concerniente a las condiciones de hacinamiento y asistencia sanitaria.

Por su parte, MIGREUROP¹²⁸³, con respecto al CIE de Capuchinos en Málaga, denunció que la atención médica estaba subcontratada con la empresa SERVEMED, según informó, e lunes a viernes se contaba con una enfermera ocho horas diarias y una médica cuatro horas diarias; sábado y domingo no había servicio médico en el CIE. Cuando fueron entrevistadas la médico y la enfermera,

¹²⁸² Informe presentado por la Relatora Especial de la ONU, cit., pág.16.

¹²⁸³ MIGREUROP, *CIE Derechos Vulnerados*, cit., pág. 14.

afirmaron que hablaban inglés pero, en el caso de que la persona interna no hablase ni inglés ni castellano, “se buscan la vida” para la traducción, acudiendo para ello a otros internos o personal del centro, verificándose así el incumplimiento del derecho al intérprete¹²⁸⁴, que en el caso de las visitas médicas cobra, igual que con la asistencia letrada, una especial importancia.

En el mismo sentido la DEFENSORÍA DEL PUEBLO en sus informes anuales 2002, 2003, 2009 y 2011¹²⁸⁵, hace referencia a la deficiente implementación de la asistencia sanitaria en los CIE, se enfatiza en el hecho de que en muchos de ellos no existe ni siquiera un tópico de enfermería permanente.

Asimismo, PUEBLOS UNIDOS¹²⁸⁶ ha denunciado que la asistencia sanitaria es defectuosa, pues en algunos centros simplemente no existe o, en su defecto, no tiene carácter permanente. Según se afirma, en la mayoría de los casos, los médicos pertenecen al Cuerpo de Policía Nacional, los cuales muestran gran desinterés por las condiciones reales de las personas internadas, no realizando todas las funciones que le asigna la normativa en vigor (como reconocimientos a la entrada y salida, control de los alimentos y servicios de higiene); de igual forma se denuncia que no cumplen con informar objetivamente sobre los maltratos perpetrados en el interior del centro por los agentes de policía. Se ha advertido también de la ausencia de auxiliares de enfermería por las noches, lo que origina que la entrega de medicamentos fuera del horario de consulta lo lleve a cabo el personal de seguridad. La deficiente atención médica es una de las quejas más frecuentes de los internos, en relación con aquellos internos que se encuentran enfermos y a quienes sus familiares o amigos les llevan medicinas, se ha denunciado que con frecuencia son requisadas por la policía, quienes además incumplen los horarios de entrega de la medicación prescritos por los médicos. Se denuncia que no hay atención médica especializada y, en el caso de mujeres embarazadas, no se realiza ningún seguimiento de su embarazo durante el internamiento. Seguidamente reproducimos algunos testimonios recogidos en el citado informe:

¹²⁸⁴ Art. 62 bis.1 h de la Ley de Extranjería.

¹²⁸⁵ DEFENSOR DEL PUEBLO, Informes anuales 2002,2003, 2009 y 2011, págs. 290, 332, 234 y 199 respectivamente.

¹²⁸⁶ PUEBLOS UNIDOS -FUNDACION SAN JUAN, *Los Centros de Internamiento para Extranjeros...*, 2008, cit. pág. 8.

“El embarazo de C. es un embarazo de riesgo ya que desde su internamiento ha tenido que ser trasladada al hospital en tres ocasiones por sufrir hemorragias. A pesar de ello ha sido expulsada”.

“El chico tiene 32 años, tiembla mucho, parece muy asustado y con una confusión muy grande. Dice que antes tomaba drogas pero que ahora ha acabado con eso y toma diazepam, un fármaco para los nervios. Pero que no ha podido continuar el tratamiento en el CIE”.

“Sigue con su catarro, comenzaron dándole ibuprofeno pero ahora está tomando un antibiótico porque se le bajó al pecho y ha tenido fiebre. Le pregunté si baja al patio estando enfermo porque estos días ha estado haciendo frío, y me ha dicho que sí, que no le permiten quedarse en la habitación ni le ofrecen otra posibilidad de estar más resguardado (el CIE carece de enfermería).”

“Tiene una gripe muy fuerte. Le ha dicho el médico del CIE que necesita medicación pero que no tienen en el CIE. Que le pida a su familia que se la traiga”.

Con respecto a la atención sanitaria también se ha pronunciado el CPT en sus Informes de los años 2013 y 2015, en ambos da cuenta de las deficiencias en la prestación del servicio, puesto que en la mayoría de los CIE, la atención sanitaria se encuentra tercerizada mediante Mutuas. El horario de atención de los médicos es reducido y se reciben muchas quejas por parte de los internos, aludiendo que en muchos casos no atienden debidamente las enfermedades crónicas, otorgándoles en la mayoría de los casos Paracetamol. También se denuncia la renuencia a realizar pruebas diagnósticas para detectar enfermedades crónicas o de transmisión sexual. Este hecho produce serias complicaciones en la salud de los internos, y en algunos casos la muerte.

Un caso emblemático, que pone de relieve toda la problemática señalada, es el de la ciudadana congoleña Samba Martine, quien falleció en el CIE de Aluche en el año 2011, esta interna acudió hasta en diez oportunidades al servicio médico del CIE, y en ninguna de ellas fueron capaces de ordenarles pruebas diagnósticas que le detectaran que sufría de VIH, deviniendo durante su internamiento en un cuadro de SIDA que finalmente acabó con su vida. Todo esto a pesar que la señora Martine estuvo

previamente asistiendo al CETI de Melilla, lugar en el cual ya le había sido detectada dicha enfermedad. Lamentablemente, la falta de coordinación y registro del historial médico de los internos, produjo que en el CIE de Aluche no le detectaran dicha enfermedad, lo que trajo como consecuencia una falta de atención médica adecuada que le causó la muerte.

En lo referente a dicho caso, la DEFENSORÍA DEL PUEBLO en su Informe Anual 2012, informó que se detectó la inexistencia de un protocolo de coordinación efectivo entre los servicios médicos de los centros de estancia temporal para inmigrantes- CETI, de Ceuta y Melilla, dependientes del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, y los Centros de Internamiento Para Extranjeros- CIE, dependientes del Ministerio del Interior. En dicho informe se sostiene: *“La ausencia de este protocolo impide que los servicios médicos de los centros de internamiento de extranjeros conozcan la situación médica en la que se encuentran las personas que son trasladadas para su expulsión desde los citados centros de Ceuta y Melilla, lo que supone que en ocasiones se repitan pruebas innecesarias o se realice un seguimiento y tratamiento inmediato de patologías que ya habían sido detectadas por los servicios médicos de los centros de estancia temporal para inmigrantes”*¹²⁸⁷.

Asimismo, el CPT en su Informe 2015 recomienda al Estado Español que revise el hecho de que la provisión de los servicios médicos en los CIE sea realizada por Mutuas o Clínicas particulares, puesto que ello podría conllevar a una deficiente prestación de dichos servicios. De igual forma, recomienda la implementación de servicios odontológicos, psiquiátricos y ginecológicos. Al respecto el estado español¹²⁸⁸ se pronunció, diciendo que la provisión de servicios médicos en los CIE es adecuada y que las empresas privadas que prestan dichos servicios deben cumplir los requisitos establecidos en la normativa vigente, pasando por lo tanto previamente por un proceso de licitación pública. En lo referente a la atención médica por parte de especialistas, afirman que cuando resulta necesario los internos son trasladados a hospitales, a fin de que reciban el tratamiento médico adecuado a sus necesidades.

¹²⁸⁷DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2012 y Debate en las Cortes Generales*, Madrid 2013, pág. 154.

¹²⁸⁸ Dirección General de Relaciones Internacionales y Extranjería- Ministerio del Interior de España, Comunicación oficial dirigida al CPT de fecha 27 de febrero de 2015, cit.

Por otro lado, el CPT recomienda que debe preservarse en todo momento la intimidad del interno en el momento de las consultas médicas, la Delegación del CPT recibió múltiples denuncias de personas que afirmaban que en todo momento durante la consulta médica, se encontraba un agente policial presente. Asimismo, se denuncia la falta de intérpretes en el caso de personas que no hablen la lengua castellana. A este respecto el Estado Español¹²⁸⁹ se pronuncia indicando que por cuestiones de seguridad, en ciertos casos, es necesario que el interno sea acompañado en su consulta médica por un agente de policía. En lo referente a los intérpretes, la versión oficial afirma que se ha concertado con una empresa privada la prestación de dicho servicio y que se encuentra en vías de implementación.

Adicionalmente el CPT, en lo referente a la prevención y detección de malos tratos en las consultas médicas, recomienda seguir el Protocolo de Estambul- Manual de investigación y documentación efectiva sobre tortura, castigos y tratamientos crueles, inhumanos o degradantes que, entre otras actuaciones, establece que a los recién ingresados, o los que acudan a la consulta médica después de un incidente violento en un centro, debe procederse a recoger las declaraciones de la persona que sean relevantes para el médico, redactar un informe completo, consignar las observaciones del médico basándose en los exámenes practicados y si es necesario acompañarlo de fotografías. Por último, se deben tomar medidas para garantizar que, siempre que las lesiones se registren por un médico, deben ser puestas en conocimiento del Fiscal correspondiente, independientemente de la voluntad de la persona o de las autoridades del Centro.

A dicha recomendación el Estado Español, respondió que la normativa nacional permite un control de las condiciones de internamiento y de la presencia de malos tratos en los CIE. Que existe para ello un Juez especializado, denominado de Control de Estancia, al cual pueden acudir los internos denunciando los posibles hechos de violencia. Asimismo, señalan que en los casos de incidentes violentos, son los médicos forenses los que son competentes para registrar los incidentes de violencia sobre la integridad física de las personas, en el marco de una investigación policial o judicial. Asimismo sobre el Protocolo de Estambul, se afirma que si bien es un instrumento normativo internacional patrocinado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, es solo una guía de buenas prácticas para

¹²⁸⁹ IBIDEM.

el reconocimiento e investigación de estos hechos y no un instrumento de uso obligatorio.

Por su parte, el MNP ha realizado visitas a los CIE a fin de verificar las condiciones en las que se encuentran los detenidos, haciendo especial énfasis en los servicios de asistencia sanitaria en dichos Centros. Dichas visitas se llevaron a cabo en los años 2011, 2012, 2013 y 2014 y tuvieron como objeto específico, estudiar y evaluar en profundidad la asistencia sanitaria que se presta en estos centros, además de conocer y comprobar si las deficiencias detectadas en visitas anteriores habían sido definitivamente corregidas. Debemos señalar que la metodología seguida consistió en entrevistas al Director del CIE, al personal sanitario, a los internos y presenciar algunas consultas médicas; en dichas visitas, que eran de tipo multidisciplinar, también participó un técnico externo especialista en medicina legal y forense. Al respecto debemos señalar que se detectaron las siguientes deficiencias:

- a) No existe una asistencia sanitaria permanente, la misma que ha sido concesionada a una empresa privada¹²⁹⁰. La atención sanitaria en los CIE no incluye los horarios nocturnos y los sábados, domingos ni festivos. Asimismo, tampoco se han establecido los conciertos necesarios para garantizar una asistencia especializada adecuada, incluyendo la asistencia psicológica, psiquiátrica y bucodental.
- b) No se han adoptado las medidas necesarias en los pases de consultas para garantizar el derecho a la intimidad del interno.
- c) La historia clínica de los internos no está adaptada al modelo, en cuanto a formato y contenido, que viene recogido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de información y documentación clínica. No se entregan los partes médicos a los internos.

¹²⁹⁰ El Boletín Oficial del Estado de 18 de septiembre de 2014 publicó la adjudicación a favor de Clínica de Madrid, S.A. del contrato de servicios denominado “realización de reconocimientos médicos y de asistencia sanitaria de los extranjeros sometidos a custodia en los Centros de Internamiento de Extranjeros en todo el territorio nacional”.

- d) No se realizan analíticas destinadas a detectar la presencia de enfermedades infectocontagiosas, o el consumo de sustancias tóxicas, de una forma inmediata, quedando a criterio del facultativo si las realiza o no y el momento de su práctica, de estimarlo conveniente.
- e) No existe un servicio de intérprete, y ello conlleva muchas veces que la comunicación del interno con el facultativo sea inadecuada. En muchas ocasiones debe recurrirse a otros internos del Centro para la traducción.
- f) Se hace notoria la falta de material, la falta de rigor a la hora de realizar exámenes médicos y analíticas, la falta de toma en consideración de antecedentes familiares en la historia clínica o la falta de adopción de medidas para evitar contagios en caso de enfermedad. En este sentido, se evoca el caso de Samba Martine¹²⁹¹, fallecida a finales de 2011 en el CIE de Madrid, caso que hemos mencionado anteriormente, cuyo diagnóstico de SIDA en el CETI de Melilla no fue comunicado al CIE madrileño. Como consecuencia de ello, la Defensoría del Pueblo recomendó elaborar un protocolo de derivación sanitaria, que se debería aplicar en todos los traslados desde los CETI a los CIE, protocolo que, según se afirma en el Informe del año 2014, no estaría absolutamente implementado.
- g) Partes de lesiones deficientes e incompletos, ausencia de fotografías de las lesiones en las historias médicas, tampoco se suele entregar una copia de los mismos a los internos, ni se remiten al Juzgado de Control de Estancia respectivo.

La situación antes descrita ha traído como consecuencia que el Defensor del Pueblo, en su Informe del año 2015, elabore una serie de recomendaciones a la Dirección General de la Policía, que incluyen las medidas a adoptar para mejorar las deficiencias advertidas en los CIE.

¹²⁹¹ Puede consultarse la noticia: “¿Ha cambiado algo la situación sanitaria en los CIE tres años después de la muerte de Samba?” publicada en http://www.eldiario.es/desalambre/samba_martine-sanidad-CIE_0_335967204.html, con fecha 17 de diciembre de 2014.Fecha de consulta 16 de enero de 2016.

Como podemos apreciar, a pesar de la aprobación del Reglamento de los CIE en el año 2014 y de la reiterada demanda de instituciones como la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Fiscal, el CPT Europeo e innumerables ONGs, la asistencia sanitaria en los CIE aún es deficiente, lo cual expone a los extranjeros ingresados a una situación de riesgo para su salud y para su vida.

Con respecto a la asistencia sanitaria de los internos, existe abundante jurisprudencia, principalmente anterior a la aprobación del actual Reglamento. En ese sentido, tenemos el Auto del Juzgado de Instrucción nº 6 de Madrid¹²⁹², que estableció que el Director del CIE deberá procurar que se habiliten los medios necesarios para garantizar la asistencia médica inmediata a cualquier hora del día. Igualmente, el Juzgado de Control de Valencia¹²⁹³, homologa el servicio sanitario en los CIE con el que se presta en la sanidad pública, estableciendo que la atención médica prestada a los internos, deberá ser idéntica a la que se presta en la sanidad pública valenciana, incluyendo en ello la información sanitaria respectiva.

En lo referente a la entrega de informes médicos y presencia de intérpretes, el Juzgado de Control de Murcia¹²⁹⁴ insta a garantizar la dotación de intérpretes en la realización de pruebas médicas a los internos, que por sus condiciones particulares así lo requieran, haciendo especial énfasis en el reconocimiento médico al momento de ingresar al Centro, así como en la entrega del informe médico respectivo al interno una vez que éste haya salido del CIE. Al respecto, el Juzgado de Instrucción nº 6 de Madrid¹²⁹⁵ reiteró al Director del Centro, que debe entregarse a cada interno una copia de su informe médico sin la necesidad de que la entrega de dicho informe deba ser previamente autorizada por el Director del CIE, dado que dicho funcionario no tiene potestad para decidir sobre el derecho de la persona internada. Asimismo, con respecto a los informes médicos derivados de lesiones por agresión o similares, el Juzgado de Control de Murcia¹²⁹⁶ y el de Barcelona¹²⁹⁷, establecieron la obligación de remitir

¹²⁹² Auto del Juzgado de Instrucción Nº 6 de Madrid, de 23 de diciembre de 2009.

¹²⁹³ Auto del Juzgado de Control de Valencia, de 26 de abril de 2011.

¹²⁹⁴ Auto del Juzgado de Control de Murcia, de 16 de julio de 2013.

¹²⁹⁵ Auto del Juzgado de Instrucción nº 6 de Madrid, de 26 de diciembre de 2013.

¹²⁹⁶ Auto del Juzgado de Control de Murcia, de 16 de julio de 2013.

¹²⁹⁷ Auto del Juzgado de Control de Barcelona (Instrucción 1 y 17) de 15 de enero de 2014.

dichos informes a dicho Juzgado y también al de Instrucción correspondiente, a fin de que se investiguen los posibles casos de vulneración de derechos.

En lo que se refiere a la función de intervención en la calidad de la alimentación, el Juzgado de Control de Madrid¹²⁹⁸ ha establecido que el servicio sanitario deberá velar por la provisión de cubertería y utensilios en perfecto estado de higiene y secos, velándose además por la calidad de la alimentación, la que debe ser adecuada dietéticamente, facilitando a los internos que necesiten, por prescripción médica, una alimentación especial, adecuada y acorde a su problema de salud.

2.3.3.2 Asistencia social y cultural

En lo que respecta a los servicios de asistencia social y cultural el Reglamento en su artículo 15 establece:

“1. Los centros dispondrán de los correspondientes servicios de asistencia social y cultural a los extranjeros internados, atendidos por trabajadores sociales, bajo la dependencia directa del director, a quien se someterán, para su aprobación, los oportunos planes o proyectos de actuación, previo análisis de los mismos por la junta de coordinación.

2. La prestación de servicios de asistencia social que se faciliten en los centros podrá ser concertada por la Dirección General de la Policía con órganos de otros ministerios o pertenecientes a otras administraciones públicas o mediante la suscripción de acuerdos, convenios o contratos, conforme a la normativa vigente en materia de contratación del sector público, con entidades públicas o privadas y con organizaciones no gubernamentales u otras sin ánimo de lucro, con experiencia en la colaboración en la prestación de estos servicios.

En todo caso, el personal integrante de los servicios de asistencia social deberá contar con formación o conocimientos adecuados en materia de derechos humanos, extranjería, protección internacional, mediación intercultural, así como de enfoque de género y violencia contra las mujeres.

¹²⁹⁸ Auto del Juzgado de Instrucción nº 6 de Madrid, de 15 de abril de 2011.

3. La asistencia social y cultural se orientará fundamentalmente a la resolución de los problemas surgidos a los extranjeros internados y, en su caso, a sus familias, como consecuencia de la situación de ingreso, en especial los relacionados con interpretación de lenguas, relaciones familiares con el exterior o tramitación de documentos.”

Con respecto a los servicios sociales también existen quejas y denuncias con respecto a sus deficiencias o inexistencia en varios de los Centros, así el Informe de Pueblos Unidos del año 2015¹²⁹⁹, realiza un análisis detallado de cada CIE, informa que, por ejemplo, en el caso del CIE de Aluche en Madrid estos servicios sociales se prestan a través del personal de Cruz Roja; dicho equipo está formado por trabajadores sociales, mediadores interculturales, etc., teniendo presencia en el centro en horario de mañana y de tarde todos los días del año, pero debido a la falta de recursos y medios, no se estarían desarrollando todas las funciones que deben realizarse según el nuevo Reglamento de los CIE, entre ellas: identificación de personas vulnerables, servicio de mediación social, actividades de ocio y culturales, etc.

Por otro lado denuncia PUEBLOS UNIDOS¹³⁰⁰ así como el MINISTERIO FISCAL¹³⁰¹, que en el CIE de Algeciras la asistencia social es inexistente, ya que conforme se indica en la Memoria de la Fiscalía del año 2013, el servicio de asistencia social se suple con el voluntarismo policial, cuyos funcionarios asumen funciones ajenas a su cometido, además de la colaboración de las ONG, como Prolibertas, Fundación Tierra de Todos y Proyecto Alma. De igual forma, Pueblos Unidos en el referido Informe, destaca que en el CIE del Matorral en Fuerteventura un educador y una trabajadora social a jornada completa (de Cruz Roja), atienden a los internos en el mismo ambiente que los médicos.

Siguiendo con el análisis de los demás CIE, debemos señalar que según PUEBLOS UNIDOS en el CIE de Zapadores en Valencia: *“no existe responsable de la asistencia social, no existe personal, no se desarrollan actividades de ningún tipo, no se*

¹²⁹⁹ FUNDACIÓN SAN JUAN DEL CASTILLO, PUEBLOS UNIDOS, *Situación actual de los Centros de Extranjeros en España...*, cit., 2015, pág. 32.

¹³⁰⁰ FUNDACIÓN SAN JUAN DEL CASTILLO, PUEBLOS UNIDOS, *Situación actual de los Centros de Extranjeros en España...*, cit., 2015, pág. 39.

¹³⁰¹ Ver en particular las Memorias correspondientes a los años 2013 y 2012.

facilita mediación social ni asistencia familiar...”¹³⁰². Mientras que en los CIE de Murcia y Barranco Seco en las Palmas, los servicios sociales son inexistentes. En el CIE de Zona Franca en Barcelona, la ONG MIGRASTUDIUM realiza ciertas actividades sociales, pero bastante limitadas por motivos logísticos, básicamente se centran en realizar labores de mediación y canalización de denuncias.

En lo que atañe a este derecho, existe jurisprudencia que resalta la importancia de la provisión de estos servicios a los internos, tal es el caso del Juzgado de Control De Valencia¹³⁰³ que estableció la obligación del Director del CIE de implementar de manera inmediata los servicios sociales en el Centro o, en su defecto, informar acerca de los obstáculos que existen para su implementación.

2.3.4 Derecho a la asistencia jurídica.

El artículo 16.2 h) del RD 162/2014 establece que los internos tienen derecho a:

“Ser asistido de abogado, que se le proporcionará de oficio en su caso, y a comunicarse reservadamente con el mismo, incluso fuera del horario general del centro, cuando la urgencia del caso lo justifique.”

Con respecto a las deficiencias en la asistencia jurídica a los extranjeros, se ha podido percibir que es uno de los problemas presentes en la totalidad de los informes que sobre el tema han sido emitidos. Como es sabido, la asistencia jurídica es un derecho fundamental reconocido por los Tribunales nacionales y supranacionales, como parte del derecho a la tutela judicial efectiva; por dicha razón merece nuestra atención. A continuación, detallaremos los defectos detectados en su prestación dentro de los CIE.

En dicho contexto, durante la visita al Centro de Internamiento de la Verneda, en Barcelona, la Relatora Especial de la ONU¹³⁰⁴ se entrevistó con una

¹³⁰² FUNDACIÓN SAN JUAN DEL CASTILLO, PUEBLOS UNIDOS, *Situación actual de los Centros de Extranjeros en España...*, cit., 2015, pág. 43.

¹³⁰³ Auto del Juzgado de Control de Valencia, de 26 de abril de 2011.

¹³⁰⁴ Informe presentado por la Relatora Especial de la ONU, cit., pág.15.

mujer nigeriana indocumentada, que le contó que había visto solamente una vez a su abogado y no sabía nada sobre su situación; con situaciones muy similares también se encontró en el Centro de Internamiento de Extranjeros en Algeciras, y también en Melilla, donde le fue informado que antes los abogados cobraban por caso, con una tendencia a atender muchos migrantes al mismo tiempo y que ahora, cuando se abría el expediente de un migrante, se le asignaba un abogado distinto del que después daría seguimiento al caso. Los inmigrantes explicaron además, que no tuvieron intérpretes y que firmaron expedientes sin saber de qué se trataba. En el centro de Barranco Seco, en Las Palmas, diversos migrantes dijeron que tenían tres minutos por semana para hablar con el abogado, desconocían el estado de sus expedientes y algunas mujeres detenidas en un club de alterne, desconocían totalmente el procedimiento para regular su situación migratoria.

Por otro lado, en noviembre de 2006, a través del Informe de la Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España, el Defensor del Pueblo¹³⁰⁵ denunciaba irregularidades en la asistencia jurídica a los inmigrantes, y criticaba que las personas sometidas a procedimientos de extranjería sean tratadas como delincuentes. El informe critica también que sean los Juzgados de Instrucción, y no los de lo Contencioso-Administrativo, los que deciden sobre el ingreso en los CIE, dicho informe lamenta la escasa supervisión judicial en la expulsión o devolución de inmigrantes, ya que el mismo juez instructor decide sobre cientos de inmigrantes internados por todo el país, sin conocer las circunstancias de cada uno, y también resalta que la mayoría de las veces el abogado no puede dirigirse al juez y el fiscal no suele estar presente.

De igual forma en su Informe del año 2014, en su faceta de Mecanismo Nacional de Protección contra la Tortura, destacó que debe ser de suma preocupación la asistencia jurídica de los internos ingresados fuera de su lugar de residencia, dado que en ese caso la comunicación con su abogado será dificultosa¹³⁰⁶.

¹³⁰⁵ DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2006 y Debate en las Cortes Generales*, Madrid, 2007, pág. 272.

¹³⁰⁶ MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA, DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe Anual 2014*, Madrid, 2015, párrafo 113, pág. 61.

Por su parte PUEBLOS UNIDOS¹³⁰⁷ manifiesta que el único asesoramiento jurídico es el prestado por los Abogados de Oficio, lo que resulta insuficiente y supone un incumplimiento del derecho a la tutela judicial efectiva. Según dicha organización el problema tiene dos facetas:

- 1) La subjetiva: porque quedan excluidas de la representación aquellas personas que con posterioridad a la decisión de expulsión, devolución o retorno y a la medida cautelar de internamiento adoptada en una Comunidad Autónoma concreta y asumida por un Colegio de Abogados específico, son trasladadas a un CIE situado en otro lugar de la geografía española;
- 2) La objetiva: basada en el hecho de que el contenido de la prestación deja fuera del campo del derecho, entre otras, a la representación y defensa de las personas inmigrantes en los procesos administrativos y judiciales incoados durante el tiempo de estancia en el Centro y las que atañen su permanencia en el CIE. Asimismo, se denuncia que la comunicación entre los letrados y sus clientes resulta difícil por cuestiones de idioma, por falta de formación de los letrados y por la ausencia de un tratamiento individualizado de los casos.

Por su parte MIGREUROP, en su Informe denominado “CIE Derechos Vulnerados”¹³⁰⁸ manifiesta que las visitas realizadas a los CIE han puesto de relieve la falta de garantía a derechos fundamentales recogidos en la legislación penitenciaria, dado que al igual que los otros informes, entre otros problemas, se evidencia la falta de intérpretes, que hacen imposible una comunicación efectiva y somete al interno a la desinformación, así como las dificultades encontradas para que los internos puedan interponer denuncias al interior de los Centros.

En el Informe de PUEBLOS UNIDOS del año 2015¹³⁰⁹ se da cuenta de los defectos en la prestación de la asesoría jurídica en cada uno de los CIE, evidenciándose que los problemas detectados en años anteriores se mantienen en su gran mayoría. Por

¹³⁰⁷ PUEBLOS UNIDOS -FUNDACION SAN JUAN, *Los Centros de Internamiento para Extranjeros...*, 2008, cit. pág. 7.

¹³⁰⁸ MIGREUROP, *CIE Derechos Vulnerados*, cit., 2011, pág. 55.

¹³⁰⁹ FUNDACIÓN SAN JUAN DEL CASTILLO, PUEBLOS UNIDOS, *Situación actual de los Centros de Extranjeros en España...*, cit., 2015.

ejemplo, en el CIE de Aluche en Madrid la asesoría la presta el Colegio de Abogados de Madrid, pero en horario reducido de 12 horas a la semana, distribuido en 4 horas diarias. Se ha detectado que no todos los internos pueden acceder a dicho servicio, debido a que es el personal policial o el de servicios sociales, los que determinan quiénes pueden acceder y también determinan la prioridad de los mismos, quedando muchos internos relegados de la prestación de este servicio básico. Situación similar se presenta en el CIE de Zona Franca en Barcelona.

En el CIE de Algeciras la situación es peor aún, puesto que no existe una prestación de asesoría jurídica permanente, los internos que no pueden contratar un abogado particular quedan a expensas del abogado de oficio que se les haya asignado antes de su internamiento, el mismo que muchas veces no es de la zona de Cádiz, puesto que muchos de los internos provienen de todas partes de España y es en el momento de su detención cuando se le asigna un Abogado de Oficio. Se ha verificado la intervención en ciertos casos del Colegio de Abogados de Cádiz, pero no es permanente como en el caso de Madrid.

En el CIE de Zapadores en Valencia, la situación es similar al de Algeciras, pues no tiene implementado un servicio de asistencia jurídica permanente. Igual situación presentan los CIE de Murcia en Murcia, Barranco Seco en Las Palmas y El Matorral en Fuerteventura, en los cuales los internos deben intentar conseguir un abogado particular o a través de las ONG si desean asesoría jurídica, caso contrario quedan totalmente desamparados.

Al igual que en los otros informes, PUEBLOS UNIDOS hace especial hincapié en el tema de los intérpretes. En ninguno de los CIE, ni siquiera en los de Madrid o Barcelona donde existe un servicio jurídico establecido, se ha implementado un servicio de intérpretes para aquellos extranjeros que no hablen la lengua castellana y necesiten comunicarse con su Abogado, situación que evidentemente les causa un alto nivel de indefensión.

Por otro lado, debemos señalar que en todos los informes se puede observar que la mayoría de los internos desconocen su derecho a solicitar asilo o a la posibilidad de interponer un procedimiento de *habeas corpus*; en ese mismo sentido, PUEBLOS

UNIDOS en su informe 2012¹³¹⁰, informa que los internos en el CIE de Aluche en Madrid carecen de información sobre la naturaleza de estos centros, así como de su situación jurídica.

Asimismo, existen otros obstáculos en el adecuado ejercicio de la asistencia jurídica, tal es el caso de la dificultad de acceso a los expedientes administrativos de las personas internadas, así como las exigencias de apoderamiento para la presentación de recursos que se encuentra contemplada en el artículo 22 .3 de la Ley de Extranjería. Dicho requisito entorpece la labor de asistencia jurídica, puesto que es casi imposible para una persona internada poder sufragar los gastos que generan el desplazamiento de un Notario al CIE, además que muchas veces es difícil de por sí encontrar Notarios disponibles para tal diligencia¹³¹¹; en vista de dicho problema debería diseñarse un mecanismo sencillo de apoderamiento a los letrados en los CIE.

Sobre el particular existe jurisprudencia que pone de manifiesto la suma relevancia de la dotación adecuada de este servicio, en ese sentido el Juzgado de Control de Madrid¹³¹² ha establecido el derecho de los internos a conocer el número telefónico del Despacho de Abogados que les asiste y, en caso de no proporcionárselo, se les indique que tienen derecho a plantear la queja respectiva. Con respecto a las llamadas telefónicas al Abogado Defensor, el Juzgado de Control de las Palmas de Gran Canarias¹³¹³ ha establecido que los internos que no dispongan de recursos económicos, tendrán derecho a hacer y recibir llamadas por cuenta del Centro a sus Abogados en los horarios y tiempos que se establezcan para tal fin.

2.3.5 Derecho a las comunicaciones y a un régimen de visitas.

Los internos tienen derecho a enviar y recibir comunicaciones que les permitan mantenerse en contacto con sus familiares y amigos, así como con su abogado y las ONG que trabajan en los CIE. Por otro lado también tienen derecho a recibir visitas en

¹³¹⁰ PUEBLOS UNIDOS -FUNDACION SAN JUAN DEL CASTILLO, *Atrapados tras las rejas. Informe 2012 sobre los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE) en España*, Madrid, marzo de 2013.

¹³¹¹ RÍOS, J., SANTOS, E.; ALMEIDA, C., *Manual para la defensa de los derechos humanos*, cit., pág. 66.

¹³¹² Auto del Juzgado de Control de Madrid, de 28 de enero de 2010.

¹³¹³ Auto del Juzgado de Control de las Palmas de Gran Canaria, de 30 de marzo de 2012.

los horarios y condiciones que se establezcan en el Centro. Al respecto el artículo 16.2 inciso i) establece que los internos tienen derecho:

“i) A comunicarse en el horario establecido en el centro, con sus familiares, funcionarios consulares de su país u otras personas, derecho que sólo podrá restringirse en virtud de resolución judicial.”

Asimismo el artículo 41 establece:

“1. Los extranjeros internados podrán comunicar libremente con su abogado, y con los representantes diplomáticos y consulares de su país, quienes deberán presentar la documentación que les acredite como tales.

2. Las entrevistas darán lugar a la oportuna anotación en el libro-registro de visitas.”

Por su parte el artículo 42 del mismo cuerpo normativo determina las características de las visitas y las comunicaciones, haciendo hincapié en el rol de la Dirección del Centro que tiene como obligación garantizar la debida publicidad de los horarios de visita. Debemos señalar que es un artículo extenso y muy detallado, que al parecer tiene por finalidad permitir el acceso adecuado al derecho a las comunicaciones y a las visitas de los internos.

A pesar de lo establecido en el Reglamento de los CIE, se ha acusado en muchas ocasiones una marcada restricción y rigidez en la dinámica del régimen de visitas. En los informes que hemos consultado, se recalca el hecho de que dicho régimen suele ser muy estricto, realizándose bajo vigilancia policial y sin posibilidad de contacto físico, no permitiéndose la más mínima intimidad del interno y su familia. Asimismo, se denuncia constantemente que los policías se reservan el derecho de anular las visitas si tienen “demasiado trabajo”. A veces, los centros carecen de salas de visitas específicas para tal fin, evidenciándose el poco interés que sobre ese aspecto del internamiento se ha tomado por parte de las autoridades gubernamentales. Nosotros en nuestras visitas al CIE de Zona Franca en Barcelona, llevadas a cabo en los años 2013 y 2014, pudimos verificar cómo las visitas debían llevarse a cabo a través de mamparas, sin posibilidad de contacto físico entre el interno y sus familiares.

Por otro lado PUEBLOS UNIDOS¹³¹⁴, al igual que en los otros temas, ha constatado en los CIE que el régimen de visitas suele ser muy restringido y muchas veces se somete a los familiares y/o amigos de los internos a una incertidumbre acerca de la situación del interno. En muchos casos los internos denuncian que solo gozan de una visita a la semana, que en algunas oportunidades cuando los familiares han ido a visitarlos no se les ha permitido el ingreso, sea porque no se les “ubicó” en la relación de internos o porque a veces los custodios alegan que el interno ya ha sido visitado, cuando en la realidad no es así; al parecer existe una desorganización generalizada en este tema y un desdén por la situación de los internos. En su Informe 2011 denominado “Miradas tras las rejas”¹³¹⁵, ha puesto en relieve los maltratos sufridos por los internos en el CIE de Aluche en Madrid, habiéndose recibido muchas quejas en relación con el horario y régimen de visitas, según se señala las visitas duran 5 minutos, no permitiéndose el contacto físico y muchas veces la presencia del agente de policía se produce incluso en los contactos entre abogado e interno, vulnerándose el derecho al secreto de los internos. A continuación reproducimos algunos testimonios recogidos por PUEBLOS UNIDOS:

“Los familiares, en la cola, autoelaboran listados de 10 en 10 para acceder al CIE. Durante la espera bajo la carpa, afuera del CIE, llega el policía para llamar a la lista siguiente. Una persona pregunta al policía por un amigo o familiar, porque en la Comisaría le había dicho que estaría allí. El policía lo niega de malos modos y no le ofrece más explicaciones. El familiar se queda desconcertado y angustiado”. (19 de octubre de 2011).

“Un familiar va a visitar a un interno. Cuando estamos ya ante la puerta del locutorio para entrar por orden de lista, uno de los policías sale y le dice que ya ha tenido visita. El familiar responde que eso es imposible pues no tiene a nadie más y que además le ha llamado por la mañana. El policía insiste en que ha tenido visita en la lista anterior. El familiar insiste y el policía le pregunta si es hombre o mujer; el interno responde que es hombre, entonces otro policía dice: «Pues aquí tenemos que es mujer, así que tiene mal el número,

¹³¹⁴ PUEBLOS UNIDOS- FUNDACION SAN JUAN, *Los Centros de Internamiento para Extranjeros...*, 2008, cit., pág. 6.

¹³¹⁵ PUEBLOS UNIDOS, *Miradas tras las rejas*, cit., 2011.

pero de todos modos da igual porque sea hombre o mujer ya ha tenido visita». El familiar responde que entonces es que a lo mejor está mal el suyo, que si tiene mal el número que lo averigüe. El familiar le dice que por favor si con el nombre le puede mirar el número. El otro policía intercede y le dice que van a intentar mirarlo. Finalmente el familiar entra; él tenía razón, el interno al que iba a visitar era hombre y no había tenido visita en la lista anterior. Si el familiar no hubiese insistido el interno se hubiese quedado sin visita”. (7 de enero de 2011).

“La familiar de un interno se tiene que marchar porque, una vez en el locutorio y después de un rato, la policía le comunica que el interno que va a visitar no está. Ella insiste porque dice haber hablado con él por la mañana. Finalmente se marcha porque insisten en que no está. Cuando está saliendo del CIE su pareja le llama preguntándole por qué no ha ido a verle; ella le cuenta lo ocurrido y dice que en ningún momento la policía dijo su número. Ella ya no puede volver porque se le hace tarde y su familiar se queda sin visita”. (6 de enero de 2011).

Adicionalmente a ello se ha puesto de manifiesto la defectuosa información que se brinda a los familiares de las personas internadas que son expulsadas de España o que, en su defecto, son liberadas por haber excedido el tiempo máximo de internamiento¹³¹⁶, se denuncian también innumerables quejas por la falta de información a las familias cuando el interno es trasladado fuera del CIE. Los policías suelen decir que una vez que el interno sale del Centro ya no es competencia suya, y no facilitan información a las familias sobre el paradero de su familiar, ni sobre a quién o dónde preguntar, con la angustia gratuita que ello genera en los familiares. A continuación reproducimos algunos testimonios¹³¹⁷:

“Un joven español fue a visitar a su novia de República Dominicana y le comunica el policía que organiza la fila que su novia está en el hospital. El joven pregunta que dónde, y el policía le dice que esa información no se la puede dar. El chaval dice que su novia está embarazada de dos meses”.

¹³¹⁶PUEBLOS UNIDOS -FUNDACION SAN JUAN DEL CASTILLO, *100 ventanas a 5000 vidas frustradas*, Madrid, 2010, pág. 15.

¹³¹⁷ PUEBLOS UNIDOS, *Miradas tras las rejas*, cit., 2011.

“En la fila está J.A., angustiado y gritando al policía porque no le dicen dónde está su mujer. El director le dijo por la mañana que se la llevaron a la Audiencia Nacional pero ha estado allí y le dicen que allí no está ni ha ido. Los policías le dicen ahora que está en libertad pero él asegura que si estuviera en libertad, le habría llamado. Finalmente, se entera de que la han llevado a Soto del Real”.

Debemos hacer hincapié, en que tanto la Convención de los Derechos de los Trabajadores Migrantes y sus Familias como las Reglas Mínimas sobre Tratamiento de Reclusos de Naciones Unidas, reconocen el derecho de las personas privadas de libertad a comunicarse con sus familiares, amigos o representantes consulares, así como a recibir información del exterior por diversos medios. También el Relator Especial de Naciones Unidas sobre la Tortura¹³¹⁸ ha recomendado que las personas privadas de libertad, deben poder tener contacto y recibir visitas regulares por parte de sus familiares, abogados, médicos y también, cuando las circunstancias lo permitan, visitas de organizaciones de derechos humanos u otras personas de su elección.

Por su parte, el CPT en el párrafo 24 de su Informe 2015¹³¹⁹ también se ha pronunciado acerca del derecho de los internos a gozar de visitas suficientes y en las condiciones adecuadas, recomendando al Estado Español que debe adoptar las medidas que sean necesarias para garantizar regímenes de visitas, lo suficientemente largos para los internos de los CIE. En respuesta a ello el Estado Español ha indicado¹³²⁰ que las visitas en los CIE se ajustan al Reglamento vigente, el cual garantiza que los internos puedan recibir visitas de familiares, amistades, su abogado y personal de las ONG previamente autorizados; sin embargo no realiza ninguna precisión respecto a la duración y frecuencia de las visitas, indicando que ello depende el régimen interior de cada CIE. En este caso nos volvemos a topar con el problema de la falta de Directivas Generales para todos los Centros, lo cual posibilita que el derecho a las visitas sea disfrutado de manera distinta en cada uno de ellos, en función del criterio del Director y sus autoridades.

¹³¹⁸ Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la Tortura, Trato Cruel o Inhumano, Theo Van Boven, E/CN.4/2004/56, 2004 Párr. 43.

¹³¹⁹ COUNCIL OF EUROPE, *Report to the Spanish Government on the visit to Spain ...*, 2015, cit.

¹³²⁰ DIRECCIÓN GENERAL DE RELACIONES INTERNACIONALES Y EXTRANJERÍA- Ministerio del Interior de España, Comunicación oficial dirigida al CPT de fecha 27 de febrero de 2015, cit.

Adicionalmente, el MNP en los párrafos 274, del Informe 2010 y 98 del Informe 2014 solicitó la ampliación de los horarios y la duración de las visitas, igualmente que las visitas sean *vis a vis* lo cual fue rechazado en un primer momento. Sin embargo, debemos señalar que a partir del año 2015 se está implementando paulatinamente, en todos los CIE, el retiro de mamparas en las áreas de visita.

En ese mismo sentido, PUEBLOS UNIDOS en su Informe 2015¹³²¹, el cual reproduce las denuncias contenidas en los informes del Defensor del Pueblo, Fiscalía General del Estado y la ONG MIGREUROP, da cuenta del reducido tiempo para las visitas de familiares (uno por día y durante un máximo de 30 minutos), prohibición de contacto físico con ellos (excepto un abrazo al inicio de la visita), prohibición de visitas íntimas y presencia policial en todas ellas.

Al respecto existe jurisprudencia que versa sobre los matices de este derecho, en primer orden debemos mencionar la jurisprudencia que aborda el tema de las comunicaciones con los abogados. En este aspecto, los Juzgados de Control de Madrid¹³²² han acordado que se debe garantizar las comunicaciones de las personas internadas con sus abogados defensores, la cual no deberá tener restricción de horarios, salvo en horas nocturnas, para lo cual se ha dispuesto que las comunicaciones deberán llevarse a cabo en un lugar que garantice la plena reserva de la conversación. Asimismo, cabe mencionar el Auto del Juzgado de Control de Valencia¹³²³, que ordenó la prohibición de restricciones a las reuniones entre el interno y su abogado, debiendo llevarse a cabo sin presencia policial alguna.

Pero es quizás el Juzgado de Control de Barcelona¹³²⁴ el que ha ido más allá, estableciendo reglas claras para las visitas de los abogados, señalando que se deberá facilitar que los internos cuenten con asesoría jurídica por parte de los abogados que visitan el Centro, asimismo se ordena que los abogados que carecen de designación formal, contarán con el mismo tiempo que aquellos que sí la poseen, de igual forma se

¹³²¹ FUNDACIÓN SAN JUAN DEL CASTILLO, PUEBLOS UNIDOS, *Situación actual de los Centros de Extranjeros en España...*, cit., 2015, pág. 34.

¹³²² Auto de los Juzgados de Control de Madrid, de 28 de enero de 2010.

¹³²³ Auto del Juzgado de Control de Valencia, de 26 de abril de 2011.

¹³²⁴ Auto del Juzgado de Control de Barcelona, de 27 de junio de 2013.

ha ordenado que los abogados tendrán derecho a periodos de visitas de al menos 8 horas diarias.

En similar sentido, el juzgado de Control de las Palmas de Gran Canaria¹³²⁵ ha establecido que los abogados, procuradores y Notarios podrán visitar el Centro, bastando para ello su identificación con su carnet profesional, sin necesidad de designación previa, requiriéndose solo la aceptación de la persona internada.

Por otro lado, debemos mencionar la jurisprudencia que trata sobre las visitas de otras personas que no sean letrados. Tal es el caso del Juzgado de Control de Madrid, que determinó que los Notarios no estarán sometidos a los horarios de visita establecidos para las demás personas pudiendo, previa identificación, personarse en el CIE a fin de protocolizar escrituras públicas de apoderamiento en favor de los abogados y procuradores.

En lo referente a la visita de familiares o amigos, el Juzgado de Control de las Palmas de Gran Canaria¹³²⁶, ha establecido que debido a la carencia de actividades culturales y de ocio en el CIE de Gran Canaria, las visitas de los familiares y amigos pueden llevarse a cabo en horarios de mañana y tarde, en periodos de 4 horas cada uno, con el único requisito de la identificación del visitante y del consentimiento del interno, sin que sea necesario solicitarlo con antelación, pudiendo por razones de seguridad limitarse a dos personas por interno, salvo que se trate de menores de edad acompañados, dichas visitas deberán ser realizadas en condiciones de contacto directo y sin mayores limitaciones que las inherentes a su condición de interno. Por su parte el Juzgado de Control de Madrid¹³²⁷, ha establecido que debe garantizarse un horario de visitas de 4 horas por las mañanas y 4 horas por las tardes, sin que ningún agente de custodia escuche las conversaciones. En un sentido un poco más restrictivo, el Juzgado de Control de Murcia¹³²⁸ ha establecido que debe ampliarse el horario a tres horas adicionales por las mañanas.

Todos estos hechos resultan preocupantes y vulneratorios de los derechos fundamentales de la persona humana, los cuales no se han solucionado a pesar de la

¹³²⁵ Auto del Juzgado de Control de Las Palmas de Gran Canaria, de 30 de marzo de 2012.

¹³²⁶ Auto del Juzgado de Control de Las Palmas de Gran Canaria, de 30 de marzo de 2012.

¹³²⁷ Auto del Juzgado de Control de Madrid, de 28 de enero de 2010.

¹³²⁸ Auto del Juzgado de Control de Murcia, de 16 de julio de 2013.

entrada en vigor del Nuevo Reglamento y de existir jurisprudencia que señala la obligación de disponer de regímenes de visitas adecuados y amplios.

2.3.6 Derecho a entrar en contacto con ONG y otros organismos nacionales e internacionales.

En primer orden debemos señalar que a nivel Europeo el papel de las ONG también se encuentra recogida en la Directiva Europea de Retorno 2008/115/CE, que en su artículo 16.4 señala:

“Las organizaciones y los organismos nacionales, internacionales y no gubernamentales pertinentes y competentes podrán visitar los centros de internamiento a los que se refiere el apartado 1, en la medida en que se utilicen para el internamiento de nacionales de terceros países con arreglo al presente capítulo. Tales visitas podrán estar sujetas a autorización previa.”

Por su parte en la normativa interna, el Reglamento en cumplimiento de lo establecido en el apartado 3 del artículo 62.bis de la Ley de Extranjería, desarrolla el régimen de visitas de las Organizaciones No Gubernamentales- ONG para la defensa de los inmigrantes, distinguiéndose dos supuestos de acción:

a) La participación de dichas instituciones en los servicios de asistencia social conforme a las previsiones que se fijen en el marco de los convenios, contratos u otros instrumentos jurídicos que al efecto se establezcan, para lo cual el Director del Centro conjuntamente con la Junta de Coordinación podrán suscribir contratos con dichos organismos a fin de que éstos presten los servicios que sean necesarios en el CIE.

b) El otro campo de acción de las ONG en los CIE, lo constituyen la posibilidad de realizar visitas a los Centros con la finalidad de defender los derechos de los inmigrantes. En estos casos, la institución deberá obtener previamente una acreditación del Director del CIE que será personal e intransferible. Asimismo se exigirá que la ONG presente periódicamente una relación de personas que están

autorizadas para realizar las visitas, y en muchos casos, aunque eso no está previsto en el Reglamento, se exige como requisito para la visita que se indique los nombres de los internos a los cuales se visitará.

Por su parte el artículo 16.2 inciso l) establece que los internos tienen derecho:

“a entrar en contacto con organizaciones no gubernamentales y organismos nacionales, internacionales y no gubernamentales de protección de inmigrantes”.

Asimismo el artículo 59 de manera extensa desarrolla el régimen de las visitas de las organizaciones para la defensa de los inmigrantes, en este precepto se establece que las ONG podrán visitar a los internos pero, que para ello, deben estar legalmente constituidas en España dentro de los horarios y reglas de régimen interior del CIE; la Organización deberá previamente solicitar una acreditación para cada una de las personas que formen parte de la ONG y requieran ingresar al Centro, en caso de que algún interno solicite entrevistarse con una determinada ONG, el Director deberá poner en conocimiento de ésta el requerimiento, a fin de que pueda llevarse a cabo la visita, de la cual se dejará constancia en el correspondiente libro-registro.

Al respecto PUEBLOS UNIDOS en su Informe 2015¹³²⁹, el cual reproduce las denuncias contenidas en los informes del Defensor del Pueblo, Fiscalía General del Estado y la ONG MIGREUROP, pone de manifiesto las dificultades que tienen las ONG para acceder a los CIE, puesto que se les exige, entre otras cosas, que previamente indiquen en documento los nombres completos de los internos a los que desean visitar. Esto no resultaría extraño si se tratara de un contexto normal, en el cual existiera información previa de los nombres de los internos y sus datos personales; pero en el caso de los CIE nos encontramos ante la situación de que por la política de secretismo del Gobierno, resulta casi imposible para las ONG conocer el listado de las personas ingresadas antes de realizar las visitas, lo cual dificulta mucho su labor.

¹³²⁹ FUNDACIÓN SAN JUAN DEL CASTILLO, PUEBLOS UNIDOS, *Situación actual de los Centros de Extranjeros en España...*, cit., 2015, pág. 34.

Al parecer con ese mecanismo, las autoridades del CIE pretenden evitar la posibilidad de que las ONG realicen visitas espontáneas a internos que quieran denunciar, por ejemplo, algún incidente o violación de derechos. Por ejemplo, en el CIE de Zapadores en Valencia los internos para recibir una visita, deben cumplimentar un formulario en el cual deben aceptar la visita de determinada persona, caso contrario no podrá ser visitado. Como es de verse, esta exigencia trae consigo innumerables dificultades, dado que muchos internos no hablan castellano o si lo hablan tienen temor de firmar algún documento que pueda perjudicarles, todo ello entorpece significativamente la labor de las ONG.

Por su parte existe jurisprudencia que aborda la necesidad de la presencia de las ONG en los CIE. En ese sentido el Juzgado de Instrucción nº 6 de Madrid¹³³⁰, ha acordado habilitar un horario de mañana y de tarde para que los miembros de las ONG puedan asistir a los internos¹³³¹, facilitando además el ingreso de sus miembros sin necesidad de realizar las colas de espera para familiares y amigos, no sometiendo dichas visitas a limitaciones de tiempo; disponiéndose por último que las visitas serán directas y no a través de aparatos telefónicos o mamparas. En similar sentido el Juzgado de Control de Valencia¹³³² ha dispuesto que se autorizará el ingreso de las ONG, dentro de lo posible no coincidiendo con las visitas familiares, sin restricciones salvo las referidas al horario nocturno y de comedor, debiéndose facilitar a los internos información de la existencia, fines y datos de contacto de las ONG.

En lo referente a las personas que en representación de la ONG puedan visitar el CIE, el Juzgado de Control de Barcelona¹³³³ ha establecido que no podrá exigirse a la ONG una lista cerrada de personas acreditadas para visitar el Centro, sino que bastará con que la persona se identifique con un certificado expedido por la ONG. Por otro lado el Juzgado de Control de Murcia¹³³⁴ ha establecido que las ONG que tengan por objeto la defensa de los derechos de los extranjeros, o la asistencia social a los mismos, podrán

¹³³⁰ Auto del Juzgado de Instrucción nº 6 de Madrid, de 13 de enero de 2011.

¹³³¹ En similar sentido ha actuado el Juzgado de Control de Las Palmas de Gran Canaria, en su Auto de 30 de marzo de 2012.

¹³³² Auto del Juzgado de Control de Valencia, de 26 de abril de 2011.

¹³³³ Auto del Juzgado de Control de Barcelona, de 15 de enero de 2014.

¹³³⁴ Auto del Juzgado de Control de Murcia, de 15 de julio de 2013.

ingresar al CIE sin necesidad de designación previa¹³³⁵ y de igual forma podrán, previa autorización del Director del Centro, instalar buzones de quejas y sugerencias al cual tengan libre acceso los internos¹³³⁶, fijándose un horario de visitas de las ONG en 6 horas diarias.

III) ¿LAS CONDICIONES DE INTERNAMIENTO EN LOS CIE VULNERAN LA DIGNIDAD HUMANA?

3.1 Breve referencia al concepto de dignidad humana

Luego de haber reseñado los derechos de los extranjeros ingresados, y los problemas detectados en los internamientos, así como la tangible vulneración de muchos de sus derechos, debemos realizar un análisis de la posible vulneración de la dignidad humana, en lo relacionado a las condiciones de internamiento y el proceso de liberación de los extranjeros.

La dignidad humana no es sólo un derecho, sino que filosóficamente es el fundamento de muchos derechos que se conceden al hombre, por ello las Cartas Magnas de muchos países y los Tratados internacionales en materia de Derechos Humanos¹³³⁷ se refieren a ella. Sobre su justificación existe una suerte de consenso universal, que se traduce en la mayoría de textos legales del mundo, a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como de los dos Pactos de Naciones Unidas sobre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales, en sus respectivos Preámbulos, se reconoce que la dignidad es inherente a todas las personas y constituye la base de los derechos fundamentales, por lo que se ha convertido en el valor

¹³³⁵ En similar sentido se pronuncia el Juzgado de Control de Barcelona en su Auto de 27 de junio de 2013.

¹³³⁶ En similar sentido se pronuncia el Juzgado de Control de Barcelona en su Auto de 27 de junio de 2013.

¹³³⁷ Entre otros podemos mencionar: La Declaración sobre la eliminación de la Discriminación contra la mujer del año 1967, la Convención Internacional sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial del año 1965, el primer “Considerando” del Preámbulo de los Pactos de Derechos Civiles y Políticos, y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1967, el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la biología y la medicina de 1997, la Declaración “Compromiso Universal por la Dignidad Humana” celebrado en España del año 2002, etc.

básico que fundamenta la construcción de los derechos de la persona como sujeto libre y partícipe de una sociedad¹³³⁸.

Según COFRÉ, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos el reconocimiento de la dignidad y de los derechos humanos deviene en condición necesaria para alcanzar valores político-jurídicos tan importantes como “la libertad”, “la paz” y “la justicia”, valores que los seres humanos poseen en esencia como rasgos antológicamente relevantes, la “dignidad” y los “derechos humanos” que los definen y que la “Declaración” proclama como intrínsecos e innatos, iguales e inalienables¹³³⁹.

Por su parte MARTÍNEZ¹³⁴⁰ considera que en ninguno de los Tratados e Instrumentos Internacionales que reconocen el derecho a la dignidad humana, se esclarece la concepción de dignidad a la que se adhieren, pero se infiere de su lectura que la misma se estructura en base a dos valores fundamentales: el reconocimiento de la igualdad de todos los seres humanos y su libertad. En el II Congreso Mundial de Bioética celebrado en Gijón- España, se aprobó el 4 de octubre de 2002, la Declaración “Compromiso Universal por la Dignidad Humana”, en la que se reconoció que a pesar de que numerosos documentos internacionales reconocen o aluden a la dignidad humana como valor o atributo distintivo de nuestra especie del que dimanar otros valores y derechos fundamentales individuales y colectivos, “gran parte de la humanidad está privada del reconocimiento efectivo de la dignidad humana y de los derechos que de ella se derivan, quedándose el respeto y la protección de la dignidad en papel mojado o pura retórica”; los firmantes afirmaron que la dignidad individual y colectiva seguirá siendo ficticia, mientras no se impida que los seres humanos sufran por no poder satisfacer sus necesidades primarias y básicas, por padecer las enfermedades de la pobreza y no tener acceso a la educación, al trabajo debidamente remunerado y a la información, por ser objeto de cualquier forma de discriminación y violencia, incluyendo la degradación de su medio ambiente¹³⁴¹.

¹³³⁸ GARCÍA GONZALES, A, “La dignidad humana como fundamento de los derechos humanos”, *Revista Jurídica IUS*, núm. 28, Universidad Latina de América, México, 2007, pág. 23.

¹³³⁹ COFRÉ LAGOS, J, “Los términos “dignidad” y “persona”. Su uso moral y jurídico. Enfoque filosófico”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XVII, diciembre de 2004, pág. 10.

¹³⁴⁰ MARTINEZ GÓMEZ, J., “La dignidad como fundamento del respeto a la persona humana”, *EUMED*, Universidad de Málaga, Málaga, febrero de 2010, pág. 68.

¹³⁴¹ MARTINEZ GÓMEZ, J., “La dignidad como fundamento del respeto a la persona humana,” cit., pág. 2.

Desde el punto de vista teleológico, la dignidad deriva del respeto debido a uno mismo y a los demás como seres humanos, los derechos humanos constituyen la expresión jurídica de un proceso en curso para proteger, respetar y garantizar una vida digna. Las garantías jurídicas de una vida en dignidad deben aplicarse de la misma forma para todas las personas que viven en un Estado, para ello debe ser evaluada continuamente la compatibilidad de toda legislación existente y propuesta con las obligaciones de los derechos humanos, dado que, desde nuestro modesto punto de vista, la dignidad de cada persona humana constituye uno de los pilares del Estado de Derecho¹³⁴².

En el plano jurídico, como afirma GARCÍA¹³⁴³, la dignidad humana no sólo significa superioridad de los seres humanos sobre los animales, sino que coincidiendo con PECES BARBA: “...la dignidad humana será un fundamento de la ética pública de la modernidad, siendo el prius de los valores políticos y jurídicos y de los principios y los derechos que se derivan de esos valores...”¹³⁴⁴. En ese sentido se ha afirmado que la dignidad humana es el principio guía del Estado, dado que se presenta en dos sentidos, por un lado, el individuo queda libre de ofensas y humillaciones –negativa–; mientras que, por el otro, le permite llevar a cabo el libre desarrollo de su propia personalidad y actuación –positiva–¹³⁴⁵.

Por su parte KANT, considera que la dignidad constituye un valor para el que no se puede ofrecer ningún equivalente, esto es, la dignidad posee un carácter absoluto porque no permite la negociación, la dignidad de la persona supera cualquier cosa que tenga un precio, y es el valor irremplazable de un ser con el que nunca se puede negociar¹³⁴⁶, añade KANT “la dignidad es el atributo de un ser racional que no obedece a ninguna otra ley que la que él mismo se da. Por lo tanto, “la autonomía es el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana o de toda naturaleza racional”, de

¹³⁴² SPAEMANN, R., “Sobre el concepto de dignidad humana. Persona y derecho”, *Revista de fundación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 19, Madrid, 1988, págs. 13-33.

¹³⁴³ GARCÍA GONZALES, A., “La dignidad humana como fundamento de los derechos humanos”, cit.

¹³⁴⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La Dignidad de la Persona desde la Filosofía del Derecho*, 2ª Edición, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 16.

¹³⁴⁵ PÉREZ LUÑO, A., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8ª Edición, Tecnos, Madrid, 2005, págs. 324-327.

¹³⁴⁶ KANT, E., *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Ariel, Barcelona, pág. 25.

ahí que el hombre tenga dignidad, no precio. Bajo tal perspectiva se entiende su Teoría del Imperativo Categórico como regla moral de actuación, pues indica al ser humano: “obra de tal modo que te relaciones con la humanidad, tanto en tu persona como en la de cualquier otro, siempre como un fin y no como un medio...”¹³⁴⁷.

La dignidad se puede definir como “la excelencia que merece respeto o estima”¹³⁴⁸, entonces podemos entender a la dignidad, como aquel valor inalterable que posee toda persona por el hecho de contar con capacidad para razonar y decidir, que los otros entes no poseen¹³⁴⁹. Acotado dicho concepto, podemos deducir que todos los seres humanos somos iguales, en la medida en que todos somos portadores de una dignidad común, y por encima de todas las diferencias que nos individualizan y nos distinguen unos de los otros. Es decir, todo ser humano¹³⁵⁰ posee dignidad sin importar la condición en que se encuentre.

En ese sentido SÁNCHEZ afirma: *“Siendo el sujeto especialmente complejo por la diversidad de sus componentes genéticos, biológicos y culturales, y al tener la capacidad de actuar racional e irracionalmente, dispone de un imperativo que lo impulsa a trascender en la naturaleza de la que forma parte. A diferencia de los miembros de otras especies que se caracterizan por ser estáticas y plenas en su existencia, el hombre es la unidad natural dinámica e inacabada que se hace y rehace cotidianamente y determina su ser al trascender a través de sus semejantes”¹³⁵¹.*

En el derecho español el valor de la dignidad humana viene recogido en el artículo 10.1 de la Constitución Española¹³⁵², sin embargo no encontramos una definición de la misma en la Carta Magna ni en ningún texto legal. Para intentar encontrar un acercamiento a su definición es necesario recurrir a la jurisprudencia originada en las sentencias del Tribunal Constitucional, para tal efecto podemos revisar

¹³⁴⁷ KANT, E., *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Ariel, Barcelona, pág. 28.

¹³⁴⁸ THOMAS, W., “Fundamentos de los Derechos del Hombre y el Principio Rector del Bien Común”, en <http://www.catolicos.com/socialdoc12.htm>, 2013, fecha de consulta el 5 de marzo de 2016.

¹³⁴⁹ GARCÍA GONZALES, A., “La dignidad humana como fundamento de los derechos humanos”, cit., pág. 2.

¹³⁵¹ SÁNCHEZ BRINGAS, E., *Derecho Constitucional*, 4ª edición, Porrúa, México, 1999, pág. 2.

¹³⁵² Artículo 10. 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la Ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.

la Sentencia 53/85 de 11 de abril, que conoció acerca de la ley parcial de despenalización del aborto. En esta sentencia se considera dignidad humana como un valor moral y a la vez jurídico íntimamente ligado al derecho a la vida, de los cuales se deducen los demás derechos humanos fundamentales, haciéndose además hincapié en la estrecha relación entre dignidad humana y el libre desarrollo de la personalidad, la integridad física y moral, la intimidad personal entre otros derechos fundamentales¹³⁵³; lo cual nos hace pensar muy seriamente en la posibilidad de que la existencia de los CIE puede contener un carácter vulneratorio de los derechos fundamentales, dado que en la praxis se estaría incurriendo en transgresiones constantes a muchos de estos derechos, puesto que como hemos visto, las condiciones de internamiento vulneran en muchos casos los principios básicos derivados del valor de la dignidad humana.

Para MORA, la dignidad humana puede conceptualizarse como: “valor de la persona humana, espiritual o moral y jurídico, que permanece invulnerable o inalterable, y se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida”¹³⁵⁴. Es decir, nos encontramos nuevamente ante la definición de la dignidad como valor supremo, como el principio rector de la vida en sociedad y la fuente de los derechos, es por ello que el constituyente, al momento de abstraer y plasmar los derechos fundamentales, les otorga mayor o menor protección en función a su grado de vinculación con la dignidad humana. En ese sentido el Tribunal Constitucional¹³⁵⁵ ha establecido que los derechos estrechamente vinculados a este valor, tienen una mayor protección sin importar si sus titulares ostentan o no la condición de ciudadano, dado que prevalece su condición de persona humana.

En estas breves líneas no pretendemos realizar un análisis jus-filosófico acerca de la dignidad humana y sus alcances, pero creemos necesario revisar someramente el

¹³⁵³ STC 53/85, de 11 de abril :

“9. La dignidad de la persona se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) y los derechos a la integridad física y moral (art. 15), a la libertad de ideas y creencias (art. 16), al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (art. 18.1). Es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión al respeto por parte de los demás...”.

¹³⁵⁴ MORA, J. E., “La dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional española. El Primado de la persona en la moral contemporánea”, en SARMIENTO, A., *XVII Simposio Internacional de Teología de la Universidad de Navarra*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1997, pág. 525.

¹³⁵⁵ STC 236/2007, de 7 de noviembre.

contenido y el tratamiento jurídico que viene dándosele a este derecho fundamental, orientado a verificar si en la detención y posterior internamiento de extranjeros en situación irregular en los denominados Centros de Internamiento de Extranjeros, se está vulnerando su derecho a la dignidad.

3.2 El derecho a la dignidad humana de los extranjeros.

Con respecto a los derechos de los extranjeros en España, el Tribunal Constitucional en la jurisprudencia que sobre la materia ha dictado en los últimos años¹³⁵⁶, reconoce la categoría de constitucionales a ciertos derechos de los que gozan los extranjeros, haciendo una distinción entre tres tipos de derechos fundamentales. Como hemos visto anteriormente, el primer grupo estaría conformado por los derechos inherentes a la dignidad humana, de los cuales son titulares los extranjeros en igualdad de condiciones que los españoles; en el segundo grupo tenemos los derechos exclusivos de los españoles y en un tercer grupo tenemos los derechos sujetos al cumplimiento de alguna condición, en los que se tolera un tratamiento desigual entre nacionales y extranjeros, en función de lo que dispongan los Tratados Internacionales y las leyes.

El grupo de derechos constitucionales de los extranjeros, derivados de su relación con la “Dignidad Humana” es muy amplio; como vimos anteriormente no existe hasta el momento una relación detallada de derechos vinculados a la dignidad humana, dado que la Constitución no los precisa y en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha pretendido dilucidar dicho problema, aplicando el criterio de su mayor o menor grado de conexión a ella, lo cual es criticado por un sector de la doctrina¹³⁵⁷ por considerarla arriesgada.

A fin de profundizar en el ámbito de protección de la dignidad humana en el caso de los extranjeros, resulta necesario revisar someramente algunas decisiones del

¹³⁵⁶ SSTC 11/1983, de 21 de febrero; 107/1984, de 23 de noviembre; 99/1985, de 30 de setiembre; 115/1987, de 7 de julio; 94/1993, de 22 de marzo; 116/1993, de 29 de marzo; 242/1994, de 20 de julio; 72/2005, de 4 de abril; 236/2007, de 7 de noviembre; 259/2007, de 19 de diciembre; 260/2007, 261/2007, 262/2007, 263/2007, 264/2007 y 265/2007, de 20 de diciembre, entre otras.

¹³⁵⁷VIDAL FUEYO, M. “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros...”, cit., pág. 359.

Tribunal Constitucional. El concepto dignidad de la persona, recogido en el artículo 10.1, CE, aparece en diversas sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional español, cuyo problema de fondo tiene relación con el régimen jurídico de los extranjeros en el Estado Español. En relación con el contenido de los derechos y libertades públicas de los extranjeros en España, y más específicamente con respecto a la titularidad de los derechos vinculados a la dignidad humana, el Tribunal Constitucional a tenor de lo dispuesto en el artículo 13.1 de la CE ha determinado que, si bien el artículo 13 de la CE autoriza al legislador a fijar restricciones y límites al ámbito de los derechos fundamentales que puedan disfrutar los extranjeros en España, esta facultad no puede entenderse como incondicionada ¹³⁵⁸, dado que no puede afectar a aquellos derechos inherentes a la persona como tal, entre ellos los imprescindibles para la garantía de la dignidad humana. Por dicha razón, ha considerado que existe una igualdad entre españoles y extranjeros respecto de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, es decir, *de aquellos que son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, que constituye fundamento del orden político español*¹³⁵⁹.

El detalle de este grupo de derechos imprescindibles para la garantía de la dignidad humana, ha sido abordado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional estableciendo que no pueden ser limitados; entre ellos debemos señalar el derecho a la vida y a la integridad física, el derecho a la libertad ideológica y a la intimidad, así como los derechos a la libertad y a la seguridad. Por otra parte, en relación con el resto de los derechos, esto es, con los no inmediatamente vinculados con la dignidad, el legislador puede introducir diferencias entre españoles y extranjeros basadas en la nacionalidad.

De acuerdo con lo expuesto, cabe señalar que la doctrina jurisprudencial constitucional relacionada con los derechos de los extranjeros en España, encuentra su sustento básico en el concepto de dignidad de la persona, ya que ha recurrido a este valor moral y jurídico para distinguir entre los derechos de la persona y los derechos del

¹³⁵⁸ SSTC 107/84, de 23 de noviembre; 99/1985, de 30 de setiembre; 115/87, de 7 de julio; 242/94, de 20 de julio.

¹³⁵⁹ STC 107/84, de 23 de noviembre.

ciudadano y es justamente con base en esto que ha establecido que los primeros corresponden por igual a nacionales y extranjeros¹³⁶⁰.

En todo caso, es el Tribunal Constitucional el que decide qué derechos corresponden a los extranjeros en España y cuáles no, atendiendo a su mayor o menor vinculación con el valor dignidad humana, constituyendo un factor preponderante en la doctrina jurisprudencial constitucional en el ámbito de la extranjería. Como podemos apreciar el Tribunal Constitucional español, reconoce en la dignidad de la persona una posición central, al considerarla como valor jurídico fundamental, en virtud del cual se determina la naturaleza de los demás derechos.

Según CRUZ¹³⁶¹, en la jurisprudencia del TC se advierte que en todos los supuestos en que invoca el valor referido, lo hace en conexión con determinados derechos fundamentales contenidos en la carta magna y nunca en forma aislada, siendo este valor el punto de “medición” del contenido esencial y del grado de protección que deben tener ciertos derechos fundamentales. En algunos casos concretos, el contenido de los derechos fundamentales se remite al valor dignidad humana, de forma tal que la determinación de su alcance lleva siempre a precisar qué conductas pueden ser consideradas como contrarias al mencionado valor, desde la perspectiva del bien jurídico tutelado. Mayormente se ha utilizado la dignidad en dos supuestos para determinar el alcance de derechos fundamentales: 1) Los casos relacionados con el denominado derecho a la integridad física y moral y con el derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes (artículo 15, CE); y, 2) Los supuestos en que se invocan los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen (artículo 18.1, CE).

Como podemos apreciar los derechos vinculados a la dignidad humana en esencia no hacen distinción entre españoles y extranjeros, por lo que ambos colectivos gozan de igual protección constitucional. A continuación pasaremos a analizar si los problemas detectados en los CIE constituyen actos que vulneran la dignidad humana, realizando una breve reseña de la postura de la ONU y el TEDH, así como del Tribunal Constitucional.

¹³⁶⁰ CRUZ VILLALÓN, P, "Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas", *REDC*, núm. 35, mayo-agosto de 1992, pág. 68.

¹³⁶¹ CRUZ VILLALÓN, P., "Dos cuestiones de titularidad de derechos...", cit., pág. 69.

3.3 Derecho a no sufrir torturas, tratos inhumanos y tratos degradantes.

Si bien es cierto que la dignidad humana se encuentra vinculada a una serie de derechos humanos, queremos hacer hincapié en que los problemas detectados en los CIE están íntimamente vinculados a lo que se denominan tratos inhumanos y tratos degradantes, que a su vez están vinculados al concepto de tortura. Por dicha razón, analizaremos hasta qué punto estos hechos constituyen una violación de derechos de la dignidad humana desde la perspectiva de la ONU, el TEDH y el Tribunal Constitucional.

a) Postura de la ONU

En primer lugar debemos mencionar el artículo 5° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos que establece:

“Artículo 5.-Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.”

Asimismo el artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos civiles y políticos, prescribe:

“Artículo 7.- Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. En particular, nadie será sometido sin su libre consentimiento a experimentos médicos o científicos.”

Según la ONU la tortura es “una forma agravada y deliberada de trato o pena cruel, inhumano o degradante”¹³⁶², este organismo se basó en la distinción establecida por la Comisión Europea de Derechos Humanos, a partir del art. 3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades

¹³⁶² ONU, ASAMBLEA GENERAL, *Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos Inhumanos, Crueles o Degradantes*. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 3452 (XXX) 9 de Diciembre de 1975.

Fundamentales, según la cual trato inhumano “es tal forma de trato que causa severo sufrimiento, bien sea mental o físico¹³⁶³”; ese trato se torna en degradante cuando “humilla de forma grave al individuo ante otros o conduce a la persona a actuar contra su deseo o consciencia”¹³⁶⁴. Asimismo la citada Comisión, consideró que el término “tortura es usualmente utilizado para describir un trato inhumano, que tiene un propósito, como la obtención de información o confesiones, o infligir un castigo, y que es generalmente una forma agravada de trato inhumano”¹³⁶⁵.

Por su parte, en 1984 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la Convención Contra la Tortura¹³⁶⁶, en la cual se reprodujo lo dispuesto por la Declaración y la jurisprudencia existente; esta Convención resulta importante, pues se dotó a esas normas de un carácter vinculante, creándose asimismo el Comité Contra la Tortura encargado de supervisar el cumplimiento de la Convención por parte de los Estados parte.

b) Postura del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

Por otro lado, debemos señalar que el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos establece que: “Nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”, siendo este el artículo que mayor desarrollo ha tenido por parte del TEDH, en relación a la protección de ciudadanos extranjeros contra una medida de expulsión a lugares en donde existe riesgo de que ellos puedan ser sometidos a tortura, penas o tratos inhumanos o degradantes.

Debemos señalar que los derechos reconocidos por el artículo 3 CEDH son absolutos, en dicho precepto se establece una prohibición que es absoluta e inderogable, dado que rige en todo momento, inclusive en circunstancias de emergencia, como

¹³⁶³ Comision EDH. *Denmark et al contra Grecia*. 12 Yearbook of the European Convention on Human Rights 168 (1969).

¹³⁶⁴ IBÍDEM.

¹³⁶⁵ IBÍDEM.

¹³⁶⁶ ONU, ASAMBLEA GENERAL, *Convención Contra la Tortura*, Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984.

situaciones de guerra u otras; tal como se encuentran plasmado en el artículo 15.2 CEDH¹³⁶⁷.

Por su parte el Tribunal Europeo de Derechos Humanos- TEDH, en el caso de Irlanda contra el Reino Unido, estableció un precedente en la materia. En tal ocasión, el Tribunal señaló que: *“para determinar cuándo una forma particular de maltrato puede calificarse como tortura, debe realizarse una distinción con base en la diferencia que hace el art. 3 del CEDH entre la noción de tortura y la de tratos inhumanos o degradantes. Para dicho órgano colegiado, la distinción se encuentra en la intensidad del sufrimiento infligido”*¹³⁶⁸.

A fin de delimitar adecuadamente las prácticas vulneradoras de los derechos vinculados a la dignidad humana, debemos distinguir los conceptos de tortura, tratos inhumanos y tratos degradantes. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha distinguido estos tres conceptos, en función de sus características propias y también en función de la intensidad del daño producido a la persona.

En el ámbito del Consejo de Europa no existe una definición expresa del concepto de tortura¹³⁶⁹, sin embargo dicho término ha sido usado por el TEDH para tipificar una serie de conductas, mayormente vinculadas a los interrogatorios de las fuerzas policiales¹³⁷⁰. Los criterios utilizados para establecer que en ciertos casos ha existido tortura son, además de la intencionalidad, una finalidad específica que puede ser indagatoria, intimatoria o punitiva; en este sentido el factor decisivo sería la crueldad del sufrimiento, apreciado según las circunstancias del caso¹³⁷¹.

¹³⁶⁷ SANTAMARÍA A., R. y BOLAÑO P., M., *“Prohibición de la tortura”*, en LASAGABASTER HERRARTE, I., (Dir.) *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Civitas, Pamplona, 2015, pág. 46.

¹³⁶⁸ STEDH, de 18 de enero 1978, Asunto *Irlanda contra Reino Unido*.

¹³⁶⁹ SANTAMARÍA A., R. y BOLAÑO P., M., *“Prohibición de la tortura”*, cit., pág. 79.

¹³⁷⁰ STEDH, Asunto *Salman c. Turquía*, de 27 de junio de 2000, pp. 114 y 115; Asunto *Aydin*, de 25 de septiembre de 1997, considera tortura la «especialmente aborrecible forma de trato prohibido» que es la violación de una detenida por un oficial; Asunto *Akkoc*, de 10 de octubre de 2000, p. 117; *Dikme*, de 11 de julio de 2000, p. 96. SANTAMARÍA A., R.; BOLAÑO P., M., *“Prohibición de la tortura”*, cit., pág. 79.

¹³⁷¹ SANTAMARÍA A., R. y BOLAÑO P., M., *“Prohibición de la tortura”*, cit., pág. 79.

Entre los actos más comunes que son considerados por el TEDH como tortura tenemos: los golpes fuertes que producen lesiones severas o muerte, acaecidos en el momento de la detención. En este apartado no profundizaremos en el tema de la tortura, dado que las condiciones de los CIE se enmarcarían más adecuadamente a los otros actos que pasaremos a reseñar a continuación.

Igualmente, tenemos los otros actos que no llegan a ser considerados como tortura y que dependiendo de sus características, el TEDH los ha calificado como tratos inhumanos o en su caso como tratos degradantes; esta distinción entre ambos conceptos es reciente, dado que en un principio el TEDH los tipificaba de manera copulativa (tratos inhumanos y degradantes)¹³⁷², poniendo en tal tesitura a todos aquellos actos que por su intensidad, no llegaban a ser considerados como tortura. En este sentido, se ha utilizado este término en situaciones en las cuales las condiciones de detención y la falta de atención médica tienen efectos negativos sobre la salud del preso¹³⁷³, tal es el caso de por ejemplo el mantenimiento en prisión de un reo que padece leucemia, lo cual constituye en sí mismo un trato inhumano y degradante¹³⁷⁴, o también el de un psicótico con tendencias suicidas si no cuenta con el apoyo médico adecuado¹³⁷⁵ y en su momento también se consideró trato inhumano y degradante para calificar el sufrimiento moral de familiares de personas desaparecidas¹³⁷⁶. Sin embargo, posteriormente el Tribunal utilizó los términos de manera disyuntiva (tratos inhumanos o degradantes), lo cual a diferencia de la interpretación que consideraba los dos términos como complementarios, se pretendió con ello equiparar ambos conceptos¹³⁷⁷,

¹³⁷²SSTEDH, Asunto *Tanis y otros c. Turquía*, de 2 de agosto de 2005, p. 221; Asunto *Maslova y Nalbandov c. Rusia*, de 24 de enero de 2008, p. 125 (en relación con el segundo recurrente). SANTAMARÍA A., R. y BOLAÑO P., M., “*Prohibición de la tortura*”, *cit.*, pág. 81.

¹³⁷³SSTEDH, Asunto *Büyükdag*, de 21 de diciembre de 2000, pág. 55; Asunto *Koval c. Ucrania*, de 19 de octubre de 2006, p. 82; Asunto *Bitiyeva y X. c. Rusia*, de 21 de junio de 2006, p. 107. SANTAMARÍA A., R. y BOLAÑO P., M., “*Prohibición de la tortura*”, *cit.*, pág. 81.

¹³⁷⁴SSTEDH, Asunto *Mouisel*, de 14 de noviembre de 2002, pp. 36 a 48. Lo mismo respecto de la reencarcelación de un preso enfermo en Asunto *Tekin Yildiz c. Turquía*, de 10 de noviembre de 2005, p. 83. SANTAMARÍA A., R. y BOLAÑO P., M., “*Prohibición de la tortura*”, *cit.*, pág. 81.

¹³⁷⁵SSTEDH, Asunto *Riviere c. Francia*, de 11 de julio de 2006, p. 76. Con algunos matices diferenciales, Asunto *Popov c. Rusia*, de 13 de julio de 2006, p. 219 y 240. SANTAMARÍA A., R. y BOLAÑO P., M., “*Prohibición de la tortura*”, *cit.*, pág. 81.

¹³⁷⁶SSTEDH, de 2 de agosto de 2005, Asunto *Tanis y otros c. Turquía*, SANTAMARÍA A., R. y BOLAÑO P., M., “*Prohibición de la tortura*”, *cit.*, pág. 81.

¹³⁷⁷SSTEDH, Asunto *Van der Ven y Lorse y otros c. los Países Bajos*, de 4 de febrero de 2003, pág. 63. A él se remiten, ya sin calificación, dos Sentencias de 6 de julio de 2006: Asunto *Baybasin c. Holanda*, pág. 58 y *Sylla c. Holanda*, p. 61. SANTAMARÍA A., R. y BOLAÑO P., M., “*Prohibición de la tortura*”, *cit.*, pág. 81.

vale decir que ciertos actos eran considerados como inhumanos y otros tantos como degradantes.

Por su parte, la conceptualización independiente del concepto de trato inhumano parece partir de su originaria definición jurisprudencial, que entendía por tal aquél que produce, deliberadamente, sufrimiento grave, físico o mental que, en el caso particular, es injustificable¹³⁷⁸; según SANTAMARÍA al parecer el concepto de trato inhumano podría encontrar su campo de acción para sancionar agresiones sufridas en el momento del arresto policial bien autónomamente¹³⁷⁹ o en conexión con la omisión de cuidados una vez ya en comisaría¹³⁸⁰.

Por otro lado, el término trato degradante tendría por finalidad conceptualizar el acto que humilla o envilece groseramente a la víctima ante otras personas o ante sus propios ojos¹³⁸¹, obligándole a actuar en contra de su voluntad. Un ejemplo de trato degradante es el referido al controvertido asunto de los registros corporales, sobre el cual el TEDH ha sostenido que, a pesar de que los registros que llevan aparejada la obligación del individuo de desnudarse pueden ser algunas veces necesarios para garantizar la seguridad del centro, del orden interno o la de los demás internos estas prácticas deben realizarse de modo adecuado pues, de no ser así, incurriría en falta manifiesta de respeto por la persona y se produciría un menoscabo de su dignidad humana, hecho que constituiría un trato degradante¹³⁸². Un ejemplo de ello es el caso de la humillación que se ve agravada por las sanciones disciplinarias que sistemáticamente se impusieron a un detenido tras su negativa a someterse a los registros integrales que fueron denunciados¹³⁸³ o también podemos mencionar el caso en el cual los registros se realizaron por parte de policías encapuchados¹³⁸⁴.

¹³⁷⁸ SANTAMARÍA A., R. y BOLAÑO P., M., “Prohibición de la tortura”, cit., pág. 82.

¹³⁷⁹ STEDH, de 28 de noviembre de 2000, Asunto *Rehbock c. Eslovenia*, p. 77. SANTAMARÍA A., R.; BOLAÑO P., M., “Prohibición de la tortura”, cit., pág. 82.

¹³⁸⁰ STEDH, de 22 de mayo de 2001, Asunto *Altay c. Turquía*, pág. 58. SANTAMARÍA A., R.; BOLAÑO P., M., “Prohibición de la tortura”, cit., pág. 82.

¹³⁸¹ SANTAMARÍA A., R. y BOLAÑO P., M., “Prohibición de la tortura” cit., pág. 82.

¹³⁸² IBÍDEM.

¹³⁸³ STEDH, Asunto *Valasinas c. Lituania*, de 24 de julio de 2001, pág. 117; Asunto *Iwańczuk*, de 15 de noviembre de 2001, p. 59. En Asunto *Frerot c. Francia*, Sentencia de 12 de junio de 2007, p. 47. También *Savics c. Letonia*, Sentencia de 27 de noviembre de 2012. SANTAMARÍA A., R.; BOLAÑO P., M., “Prohibición de la tortura”, cit. pág. 82.

¹³⁸⁴ STEDH, de 20 de enero de 2011, Asunto *El Shennawy c. Francia*. SANTAMARÍA A., R.; BOLAÑO P., M., “Prohibición de la tortura”, 2015, cit. pág. 82.

Para el TEDH, el hacinamiento en condiciones sanitarias deplorables y la falta de camas y material de dormir representan también un trato degradante¹³⁸⁵, de hecho, la superpoblación de las celdas y sus diversas repercusiones físicas y psicológicas se consideran trato degradante aunque no exista intención de humillar¹³⁸⁶.

Asimismo, el TEDH en los casos de *Raninen contra Finlandia* y *Kudla contra Polonia*, señaló que la conducta contenida en el art. 3 del CEDH debía evaluarse de acuerdo con las circunstancias de cada caso, debiendo tomarse en consideración aspectos como la duración del trato, sus efectos físicos o mentales y, en ciertos casos, el sexo, la edad y el estado de salud de la víctima¹³⁸⁷. Por su parte en el caso de *Selmouni contra Francia*¹³⁸⁸, se resolvió a favor de que los actos que en el pasado fueran calificados como tratos inhumanos o degradantes y no como tortura propiamente dicha, podrán en el presente o en el futuro ser calificados como tal en virtud de la necesidad de incrementar la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Posteriormente, en el año 2001¹³⁸⁹, el TEDH determinó que la severidad del daño causado a la víctima no deberá ser un factor determinante para imputar a un Estado la violación del artículo 3 del CEDH, ampliándose como vemos la cobertura e intensidad de la protección en el ámbito europeo del derecho a no ser sometido a tratos inhumanos o degradantes.

En los últimos años la tendencia del TEDH sobre esta materia no ha cambiado significativamente, sin embargo no queremos dejar de mencionar algunos precedentes que a nuestro criterio consideramos importantes, sobre todo en relación a la eventual vulneración del artículo 3 CEDH por las condiciones de internamiento en centros de extranjeros. En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha determinado que las condiciones severas de la detención en el centro, en particular, con

¹³⁸⁵ SSTEDH, Asunto *Douguz*, de 6 de marzo de 2001, pág. 48; Asunto *Nevmerzhiitsky c. Ucrania*, de 5 de abril de 2005, p. 87. SANTAMARÍA A., R.; BOLAÑO P., M., “Prohibición de la tortura”, *cit.* pág. 82.

¹³⁸⁶ SSTEDH, Asunto *Peers c. Grecia*, de 19 de abril de 2001; Asunto *Kalachnikov c. Rusia*, de 15 de julio de 2002, pp. 95 y 96; Asunto *Novoselov*, de 2 de junio de 2005, p. 43; Asunto *Poltoratskiy c. Ucrania*, de 29 de abril de 2005, p. 131; Asunto *Kadikis c. Lituania (núm. 2)*, de 4 de mayo de 2006, p. 56. La tesis objetiva también en Asunto *Mamedova c. Rusia*, Sentencia de 1 de junio de 2006, aunque sin calificación del trato. SANTAMARÍA A., R.; BOLAÑO P., M., “Prohibición de la tortura”, *cit.*, pág. 82.

¹³⁸⁷ SSTEDH, Asunto *Raninen contra Finlandia*, de 16 de Diciembre 1997 y Asunto *Kudla contra Polonia*, de 20 de Octubre 2000.

¹³⁸⁸ STEDH, de 28 de Julio 1999, Asunto *Selmouni contra Francia*.

¹³⁸⁹ STEDH, 3 de Abril 2001, Asunto *Keenan contra Reino Unido*, p. 113.

respecto al alojamiento, higiene e infraestructura minan el significado mismo de la dignidad humana¹³⁹⁰.

Siguiendo su jurisprudencia habitual sobre las condiciones de internamiento en estos centros, el TEDH ha criticado severamente las deplorables condiciones de detención en los centros de internamiento de extranjeros griegos¹³⁹¹ y rumanos¹³⁹², en los que los extranjeros vivían hacinados, en medio de la suciedad, insalubridad y condiciones antihigiénicas y en los que los extranjeros malvivían sin una alimentación adecuada, asistencia sanitaria o recreación. Asimismo, se destaca que las sentencias del TEDH consideren vulnerado el artículo 3 CEDH cuando la estancia en estos centros de internamiento es mínima, incluso de unos pocos días, lo que parece apuntar en la línea de exigir ciertas condiciones de habitabilidad e higiene en cualquier centro de internamiento, independientemente de que esté pensado para estancias de larga o corta duración¹³⁹³.

Asimismo, no podemos dejar de mencionar aquellas sentencias en las cuales el TEDH se ha pronunciado sobre el internamiento de menores, incidiendo sobre el hecho de que los CIE, independientemente de que tengan condiciones adecuadas, no constituyen lugares adaptados a las necesidades específicas de los menores, resaltándose la especial vulnerabilidad de los niños, dicha consideración se ha establecido en función a su condición de menores, sin importar si éstos están o no en la condición de menores no acompañados (MENAS)¹³⁹⁴.

Como podemos apreciar existe una vasta jurisprudencia del TEDH, en la cual se establece que problemas como el hacinamiento, deficiencias de infraestructura y comodidades, malos tratos, deficiencias en la atención sanitaria, etc. en los centros de reclusión, sean éstos instituciones carcelarias o no carcelarias (como es el caso de los

¹³⁹⁰STEDH, de 5 de abril de 2011, Asunto *Rahimi c. Grecia*, apdos. 106 – 110. ARRESE IRIONDO, M^a N., “Derecho a la libertad y seguridad”, cit., pág. 154.

¹³⁹¹SSTEDH, Asunto *A. A. c. Grecia*, de 22 de julio de 2010; Asunto *R.U. c. Grecia*, de 7 de junio de 2011; Asunto *Efraimidi c. Grecia*, de 8 de noviembre de 2010.

¹³⁹²STEDH, de 12 de enero de 2010, Asunto *Al-Agha c. Rumania*.

¹³⁹³SSTEDH, Asunto *Rahimi c. Grecia*, de 5 de abril de 2011, sobre el internamiento de un menor de edad durante dos días; Asunto *M.S.S c. Bélgica y Grecia*, de 21 de enero de 2011, sobre dos internamientos consecutivos de cuatro días y una semana.

¹³⁹⁴SSTEDH, Asunto *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga c. Bélgica*, de 12 de octubre de 2006; Asunto *Rahimi c. Grecia*, de 5 de abril de 2011, y *Muskhadzhiyeva y otros c. Bélgica*, de 19 de enero de 2010.

CIE), son consideradas como tratos inhumanos. Esta situación debe hacernos reflexionar acerca de la realidad que viven día a día las personas recluidas en los CIE de España, que como hemos visto adolecen de innumerables problemas que perfectamente pueden ser considerados como tratos inhumanos y degradantes.

c) Postura del Tribunal Constitucional.

En lo que se refiere a las nociones de tortura y de tratos inhumanos o degradantes el Tribunal Constitucional, basándose en lo dispuesto en el artículo 10.2 de la Constitución Española, ha recurrido a la jurisprudencia del Tribunal Europeo para la Protección de los Derechos Humanos con el fin de delimitar su significado, determinando que tortura y tratos inhumanos o degradantes son:

“...nociones graduadas de una misma escala que, en todos sus tramos, denotan la causación, sean cuales fueren los fines, de padecimientos físicos o psíquicos ilícitos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre y con esa propia intención de vejar y doblegar la voluntad del sujeto paciente...”¹³⁹⁵ .

Por otro lado, se ha pronunciado en similar sentido respecto de la existencia de este tipo de tratos en el ámbito penitenciario¹³⁹⁶, destacando su carácter de vejatorio y transgresor de la integridad física y del valor dignidad; así en la mencionada STC 120/1990, el TC sostiene:

“...No otra es, por lo demás, la acepción que, en el concreto ámbito penitenciario, cabe dar a los términos «cruel, inhumano o degradante» que utiliza, para prohibir sanciones disciplinarias a los internos que tengan ese carácter, el art. 31 de las Reglas Mínimas para el Tratamiento de Reclusos, adoptadas por Resolución (73) 5, de 19 Ene. 1973. Del Comité de Ministros del Consejo de Europa, e invocadas por los recurrentes, ni otro es tampoco el alcance que, respecto de los tratos inhumanos o

¹³⁹⁵ STC 120/1990, de 27 de junio, F. J. 9.

¹³⁹⁶ Véase SSTC 2/1987, de 21 de enero; F. J. 2; 89/1987, de 3 de junio; F. J. 2; 120/1990, de 27 de junio, F. J. 9; y 137/1990, de 19 de julio, F. J. 7.

degradantes, tiene la más genérica prohibición de «malos tratos» a los internos que el art. 6 de la LOGP establece...”¹³⁹⁷.

Dicha interpretación podríamos extenderla a las privaciones de libertad de los extranjeros en los CIE que, sin ser centros penitenciarios, poseen características que en muchos casos son peores que las de las cárceles, lo cual denotaría la aplicabilidad de estos criterios al presente trabajo. Sin embargo, somos conscientes de que en cada caso concreto existe diversidad de hechos que pueden o no enmarcarse dentro de los parámetros del TC, además de la dificultad de probanza de los hechos; sin embargo creemos que ésta puede ser una alternativa jurídica que permita a muchos extranjeros irregulares que han sufrido vulneración de sus derechos, resarcir de alguna manera el daño sufrido.

Para profundizar con relación a la denominada integridad personal y la posibilidad de resarcir económicamente el daño causado el TC ha argumentado que:

“...Si en el ámbito de la responsabilidad civil, la vida y la integridad (física y moral) han de ser objeto de cuantificación dineraria o patrimonial, el más elemental respeto a la dignidad humana (artículo 10.1, CE) obliga a que aquélla sea la misma para todos... el artículo 15, CE, sólo condiciona al legislador de la responsabilidad civil en dos extremos: en primer lugar, en el sentido de exigirle que, en esa inevitable tarea de traducción de la vida y de la integridad personal a términos económicos, establezca unas pautas indemnizatorias suficientes en el sentido de ser respetuosas con la dignidad que es inherente al ser humano (artículo 10.1, CE); y, en segundo término, que mediante dichas indemnizaciones se atienda a la integridad -según la expresión literal del artículo 15, CE- de todo su ser, sin disponer exclusiones injustificadas...”¹³⁹⁸.

Como podemos apreciar, el TC pone de manifiesto el concepto de igualdad al momento de calificar si un hecho ha vulnerado o no la integridad física y moral, incidiendo en que es un derecho de todos los seres humanos y que, por tanto, el legislador no debe excluir de su ámbito de protección a ninguna persona, salvo por causas plenamente justificadas. Dicha interpretación jurisprudencial podemos

¹³⁹⁷ STC 120/1990, de 27 de junio, F. J. 9.

¹³⁹⁸ STC 181/2000, de 29 de junio, F. J. 9.

extrapolarla el caso de los extranjeros en situación irregular, cuya situación administrativa no los priva de gozar de la protección constitucional de su derecho a la vida y a la integridad física y moral, derechos que, como es sabido, se encuentran íntimamente ligados a la dignidad humana.

Por otro lado, debemos señalar que la jurisprudencia del TC sobre las condiciones de internamiento en los CIE no es muy abundante, puesto que hay muchos problemas que no han sido materia de decisiones del máximo intérprete de la Constitución, sin embargo pasaremos a reseñar algunos de ellos que han sido materia de Sentencias que han sentado jurisprudencia.

c.1 Sobre la práctica del desnudo integral.

Cabe señalar que resulta de práctica habitual en el internamiento en los CIE realizar ciertas actividades que vulneran el derecho a la intimidad personal, como es el caso de las acciones de coerción personal y las revisiones personales con desnudo integral, que muchas veces justificándose en cuestiones de seguridad, se suelen practicar en contra de los internos. Son innumerables las denuncias que sobre dicho tema han sido plasmadas, tanto en los informes de instituciones internacionales y nacionales de protección de los derechos humanos y de las ONG que trabajan en el ámbito de los CIE.

Al respecto el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en su STC 17/2013 de 31 de enero, determinando la constitucionalidad del artículo 62.1 quinquies de la LO 4/2000¹³⁹⁹ que permite la realización de registros de personas, ropas y enseres en los CIE, lo cual a su vez implica la posibilidad de que se realicen inspecciones con desnudo integral de los internos. Con respecto a este tema el TC señala que el derecho a la intimidad personal, contemplado en el artículo 18.1 CE, es un derecho estrechamente vinculado al respeto de la dignidad humana, pudiendo la persona imponer a otras personas o a los Poderes Públicos el deber de abstenerse de actos de intromisión en la esfera íntima y prohibición de divulgar lo conocido, salvo que dichas acciones se basen

¹³⁹⁹ Artículo 62 quinquies. Medidas de seguridad

1. Las actuaciones de vigilancia y seguridad interior en los centros podrán suponer, en la forma y con la periodicidad que se establezca, inspecciones de los locales y dependencias y siempre que fuera necesario para la seguridad en los centros registros de personas, ropas y enseres de los extranjeros internados.

en previsiones legales constitucionalmente válidas, proporcionales o que se basen en el consentimiento de la persona.; pero también advierte el TC, que no es un derecho absoluto, por lo tanto es pasible de ser limitado en el caso de que existan otros bienes constitucionalmente protegidos que se encuentren en colisión, siempre y cuando dicha limitación sea necesaria y respete el contenido esencial del derecho y a su vez tenga carácter legal y acorde con la Constitución Española.

En ese sentido, el TC considera que el ingreso de una persona en un CIE puede acarrearle una vulneración de su derecho a la intimidad personal por razones de seguridad u orden del Centro, que son también bienes constitucionalmente protegidos, pero que dicha medida debe ser justificada por la conducta previa del extranjero o por las condiciones del Centro. De darse dicha justificación, las revisiones con desnudo integral deben realizarse utilizando todos los medios que sean posibles para causar la mínima afectación posible a la persona, vale decir que debe primar la necesidad y proporcionalidad de la medida y el respeto máximo de la dignidad de la persona, es decir el TC acepta la aplicación de este tipo de prácticas siempre y cuando sean imprescindibles para garantizar la seguridad y el orden de los Centros y que de aplicarse la medida debe informarse al interno de la justificación de la medida, pudiendo el interno interponer las quejas y reclamaciones que crea necesarias, en caso considere que su derecho ha sido vulnerado sin la suficiente justificación. En ese sentido señala literalmente:

“Conforme a cuanto llevamos expuesto, la medida prevista en el art. 62.quinquies.1 LOEx. únicamente podrá adoptarse cuando resulte imprescindible ante concretas situaciones que pongan en riesgo la seguridad del establecimiento, viniendo obligada la Administración a justificar en cada caso la adopción de la medida y su alcance, así como a informar al afectado de la dimensión y la intensidad del registro. Solamente de acuerdo con las condiciones antes razonadas las limitaciones al derecho a la intimidad personal del art. 18 CE derivadas del precepto impugnado resultarán ser proporcionadas, atendiendo a la finalidad de mantenimiento del orden y la seguridad en los centros perseguida, por lo que el art. 62.quinquies.1 LOEx no vulnera el art. 18 CE”¹⁴⁰⁰.

¹⁴⁰⁰ STC 17/2013, de 31 de enero, F. J. 14.

Debemos señalar que dicha doctrina jurisprudencial ha sido ratificada también por el Tribunal Supremo¹⁴⁰¹, el cual declaró inválido y nulo el artículo 55.2 del Reglamento de los CIE, que establecía la posibilidad de realizar registros personales con desnudo integral, en este caso el Tribunal Supremo consideró que contravenía lo establecido por el Tribunal Constitucional sobre la práctica del desnudo integral en estos Centros.

Con respecto al tema del desnudo integral, debemos señalar que no nos encontramos de acuerdo con la interpretación que hace el TC del mismo, puesto que constituye una medida transgresora del derecho a la intimidad de las personas, que solo debe justificarse en casos muy concretos y con adopción de medidas complementarias eficaces que atenúen la vulneración de la intimidad personal. Lamentablemente, como hemos reseñado en los informes sobre la situación de los CIE, el desnudo integral es una práctica reiterada y al parecer no se siguen los protocolos exigidos por el TC, vulnerándose constantemente el derecho a la intimidad personal y por ende la dignidad humana de las personas que ingresan a los Centros de Internamiento de España. Como hemos visto anteriormente para el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, la práctica del desnudo integral es considerada un trato denigrante si no se realiza de manera adecuada y se guarda el debido cuidado con el derecho a la intimidad de las personas.

c.2 Sobre las medidas de contención física y separación preventiva de los internos.

En lo referente a la utilización de medios de contención física personal o separación preventiva del agresor en habitación individual contemplada en el artículo 62.2 quinquies de la LO 4/2000, el Tribunal Constitucional establece que el precepto es constitucional, puesto que la finalidad de dichas medidas coercitivas es garantizar la seguridad y orden del Centro, siendo solo eventuales y temporales, por lo que no constituyen de manera alguna acciones sancionatorias o represivas. En su análisis señala literalmente:

¹⁴⁰¹ STS de 10 de febrero de 2015, F. J. 7.

“En este caso, atendiendo a las circunstancias que justifican la adopción de las medidas cuestionadas –actos de violencia o lesiones de los extranjeros, fuga de los mismos, daños en las instalaciones del centro o resistencia al personal del mismo en el ejercicio legítimo de su cargo- nos encontramos ante un supuesto de medidas coercitivas respecto a las que cabe resaltar que su adopción sólo está justificada en supuestos concretos, legalmente definidos en atención a ciertas conductas de los internos que la Administración está obligada a impedir o evitar, pues indudablemente la seguridad y el buen orden del establecimiento se verían alterados caso de producirse la evasión, la violencia en las personas, los daños en las cosas o la desobediencia al personal. Desde esa perspectiva es indudable que la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, sin que tampoco, en atención a las situaciones a las que pretende hacer frente, pueda ser cuestionada su necesidad. Finalmente, en cuanto a su proporcionalidad, es evidente que los derechos de los internados no son absolutos sino que pueden verse en determinados momentos limitados por razones de seguridad del centro y peligrosidad o agresividad de los en él internados”¹⁴⁰².

En este contexto, nosotros nos encontramos de acuerdo con el pronunciamiento del TC, por cuanto consideramos que la imposición de medidas de contención física pueden ser aplicadas siempre y cuando cumplan los siguientes requisitos:

- 1) Sean eventuales y temporales.
- 2) Tengan por finalidad garantizar la seguridad de los demás internos, así como la seguridad y el orden del propio Centro.

Para poder ser aplicadas la administración debe garantizar el respeto a los principios de necesidad y proporcionalidad de las medidas.

¹⁴⁰² STC 17/2013, de 31 de enero, cit., F. J. 15.

3.3 Postura de la ONU acerca del internamiento de extranjeros

En primer lugar debemos señalar que la Declaración Universal de Derechos Humanos- DUDH, en sus arts. 13 y 14¹⁴⁰³ reconoce el derecho de toda persona a circular libremente, a salir y regresar a su país y, en caso de persecución, solicitar asilo y gozar de él en cualquier país.

Asimismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos- PIDCP, cuyo art. 12¹⁴⁰⁴ también reconoce el derecho que tiene toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado, a circular libremente por él y a salir libremente de cualquier país, incluso del propio. Sin embargo, y a diferencia de la DUDH, el PIDCP concreta el ámbito subjetivo del derecho a “toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado”. Como vemos, establece una distinción entre las personas que se encuentran legalmente en el territorio y aquellas que no, debemos precisar que esta distinción ha sido materia de diversas interpretaciones por diferentes órganos y expertos en el mismo ámbito de Naciones Unidas.

La titularidad, el contenido y los límites del derecho a la libre circulación, así como la proporcionalidad de las medidas de internamiento, han sido objeto de pronunciamientos por parte de diferentes Comités y Expertos en Derechos Humanos de las Naciones Unidas¹⁴⁰⁵, en Primer lugar debemos mencionar la postura del Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes que sostuvo:

¹⁴⁰³ Art. 13 DUDH "1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado. 2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país." Y su art. 14 "1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país. 2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas".

¹⁴⁰⁴ Art. 12 PIDCP "1. Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia. 2. Toda persona tendrá derecho a salir libremente de cualquier país, incluso del propio. 3. Los derechos antes mencionados no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando éstas se hallen previstas en la ley, sean necesarias para proteger la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas o los derechos y libertades de terceros, y sean compatibles con los demás derechos reconocidos en el presente Pacto. 4. Nadie podrá ser arbitrariamente privado del derecho a entrar en su propio país".

¹⁴⁰⁵ HURI AGE, Consolider Ingenio 2010, “Los centros de internamiento de extranjeros en el sistema español”, *Informe el Tiempo de los derechos*, núm. 32, Universidad Carlos III, 2013.

*"Los Estados no deberían privar a los inmigrantes de su derecho a la libertad en razón de su situación de inmigración [...] Los Estados deberían considerar y utilizar alternativas a la detención de inmigrantes de conformidad con el derecho internacional y las normas internacionales de derechos humanos. La detención no debe considerarse necesaria o proporcionada si no se han considerado y evaluado otras medidas menos restrictivas para lograr el mismo objetivo legítimo" 4 y propone como medidas alternativas al internamiento la llevanza de un registro de personas extranjeras en situación irregular, asegurar su comparecencia a través de medidas de vigilancia, el depósito de una garantía financiera y la obligación de permanecer en un domicilio designado, un centro abierto u otro tipo de vivienda especial"*¹⁴⁰⁶.

Asimismo, destacamos su Informe de fecha 2 de abril de 2012 que se centra en "la privación de libertad de los migrantes en situación irregular", en cuya primera parte se establece el marco jurídico internacional y regional en materia de derechos humanos, en particular con respecto a los grupos de migrantes que necesitan protección especial, y en la segunda parte se centra la atención en las medidas alternativas a la privación de libertad¹⁴⁰⁷.

Por su parte el Comité de Derechos Humanos, considera que *"el disfrute de los derechos del Pacto no se restringe a los ciudadanos de los Estados Parte, si no que debe también extenderse a todos los individuos, independientemente de su nacionalidad o de su situación apátrida, como las personas en búsqueda de asilo, los refugiados, los trabajadores migrantes y otras personas, que pueden encontrarse en el territorio o estar sometidos a la jurisdicción del Estado Parte"*¹⁴⁰⁸, en este sentido afirma que el derecho a la libertad y a la seguridad personal es aplicable a todas las personas sometidas a privación de libertad, incluidas aquellas sujetas al control migratorio¹⁴⁰⁹.

Por último, en su Comunicación N° 900/1999, el Comité señala que los Estados deben demostrar que, *"dadas las circunstancias especiales del autor, no hubiera medios menos drásticos de alcanzar el mismo objetivo, es decir, la aplicación de la política de*

¹⁴⁰⁶ Doc. A/65/222, de 3 de agosto de 2010, párrafo 94.

¹⁴⁰⁷ A/HRC/20/24.

¹⁴⁰⁸ Observación General N° 31 (2004) sobre la índole de la obligación jurídica general impuesta a los Estados Partes en el Pacto.

¹⁴⁰⁹ Observación General N° 8 sobre el derecho a la libertad y seguridad personal (art. 9 PIDCP).

*inmigración del Estado Parte, como son la imposición de la obligación de presentarse a las autoridades competentes, el depósito de fianza u otras condiciones que tuviesen en cuenta el deterior del estado del autor".*¹⁴¹⁰

Por otro lado, tenemos los pronunciamiento del Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias perteneciente al Consejo de Derechos Humanos de la ONU, el cual se ha manifestado a favor del "derecho soberano de los Estados a reglamentar la migración", pero sostiene que la detención de inmigrantes debería suprimirse gradualmente, dado que los migrantes en situación irregular no han cometido ningún delito, señalando además que la penalización de la migración irregular sobrepasa el interés legítimo de todo Estado de proteger su territorio y reglamentar la corriente regular de inmigrantes"¹⁴¹¹. Sobre las alternativas a la privación de libertad, también propone medidas menos gravosas para los derechos de las personas que el internamiento y considera aplicables *"la notificación periódica a las autoridades, la libertad bajo fianza o la permanencia en centros abiertos o en un lugar asignado"*¹⁴¹².

Asimismo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR), considera que los Estados están obligados a *"garantizar la seguridad de los no ciudadanos, en particular por lo que respecta a la detención arbitraria"*¹⁴¹³, además, en sus Observaciones Finales del año 2004, insta a España a *"que vele por que todos los extranjeros en el país, dispongan o no de documentación y se hallen en situación regular o irregular, puedan gozar de sus derechos humanos"*.

La ONU en relación a la situación en España, desde hace varios años viene manifestando su honda preocupación por las detenciones y las condiciones de internamiento de los extranjeros que son reclusos en los CIE en España. En la visita realizada por la Relatora Especial de la ONU del año 2003, cuyo informe ya hemos comentado, se manifiesta la preocupación por el aparente carácter penitenciario de estos centros detectándose, como vimos, serias deficiencias en la atención sanitaria y de asesoría jurídica a los extranjeros, así como una aparente práctica de los Jueces de

¹⁴¹⁰ Párrafo 8.2 de la Comunicación nº 900/1999 Comité de Derechos Humanos.

¹⁴¹¹ Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria, doc. A/HRC/13/30, de 18 de enero de 2010, párrafos 56 y 58.

¹⁴¹². IBÍDEM id., párr. 65.

¹⁴¹³ Doc. HRI/GEN/1 Rev. 9 (Vol. II), de 27 de mayo de 2008 párr. 19.

emitir órdenes de internamiento de manera casi automática. Por otro lado, se recomendó al Gobierno español a fin de que busque alternativas de solución para la inmensa bolsa de inmigrantes irregularizables derivada de la imposibilidad de materializar su expulsión, problema que hasta el momento no se ha solucionado, dado que no se ha propuesto aún una “salida legal” al problema de los inmigrantes que no pueden regularizar su situación administrativa en España, pero que tampoco pueden ser expulsados por diversos motivos, convirtiéndose muchas veces en personas condenadas a vivir en la “sombra social”, generándose con ello colectivos con poca capacidad de integrarse o de ser incluidos en la vida social.

Entre las recomendaciones más saltantes, relacionadas al tema materia del presente trabajo, la ONU instó al Gobierno Español a adoptar *“Medidas para asegurar que los migrantes gocen en la práctica de los derechos a la asistencia letrada y a intérprete en todos los procedimientos administrativos relacionados con su situación migratoria”*¹⁴¹⁴.

Por su parte, en el Informe del Comité de Derechos Humanos sobre España del año 2008, también se pone de manifiesto el tema de vulneración de derechos de los extranjeros, formulándose la siguiente observación:

*“El Estado parte debe velar por que el proceso de adopción de decisiones relativas a la detención y expulsión de extranjeros respete plenamente el procedimiento previsto por la ley, y por qué en el procedimiento de concesión de asilo puedan invocarse siempre motivos humanitarios. El Estado parte debe velar también por que la nueva ley sobre el asilo sea plenamente conforme con el Pacto”*¹⁴¹⁵.

Asimismo, continuando con la tendencia, debemos señalar que en el año 2011 el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU en su 78º período de sesiones, llevado a cabo entre el 14 de febrero y 11 de marzo de 2011, emitió su informe de observaciones finales, en el cual considera preocupante la información que ha recibido acerca de los controles de identificación o redadas policiales basados en

¹⁴¹⁴ Informe presentado por la Relatora Especial de la ONU, recomendación N° 86, d., 2004.

¹⁴¹⁵ Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 40 del pacto, 2008, punto 16, pág. 6.

perfiles étnicos y raciales, realizados en lugares públicos y barrios donde hay una alta concentración de extranjeros, con la finalidad de detener a aquellos que se encuentran en situación irregular en el Estado parte (arts. 2, 5 y 7). En el mencionado Informe, recordando su Recomendación General N° 31 del año 2005, el Comité insta a España a tomar medidas efectivas para erradicar la práctica de controles de identificación basados en perfiles étnicos y raciales; asimismo, recomienda al Estado parte que considere la revisión de la Circular 1/2010 de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras y de la legislación relevante que originen interpretaciones que puedan producir la detención indiscriminada y la restricción de los derechos de los extranjeros en España. También el Comité recuerda al Gobierno Español que, en virtud de su Recomendación General N° 13 (año 1993), los funcionarios de extranjería deben recibir una formación en derechos humanos, para garantizar que respeten y protejan los derechos fundamentales de todas las personas, sin incurrir en discriminación por motivos de raza, color u origen étnico o nacional.

Por su parte en cuanto a la protección de la mujer inmigrante, el Comité recomienda que se revisen las normas relativas a mujeres extranjeras víctimas de violencia de género contempladas en la Ley Orgánica 2/2009, modificatoria de la LO 4/2000, las cuales son discriminatorias contra las mujeres extranjeras víctimas de violencia de género en situación irregular, dado que establece que en caso de no declararse culpable al denunciado se le incoará expediente administrativo de expulsión, lo cual puede disuadirlas de presentar denuncias por violencia de género, por miedo a ser expulsadas de España, en caso de que los tribunales no dicten una sentencia condenatoria contra el acusado por violencia de género.

En cuanto a los inmigrantes irregulares se ratifica nuevamente la preocupación de la ONU por los inmigrantes en situación irregularizable, recomendando que las personas puestas en libertad tras su paso por el CIE acaben siendo documentadas para evitar su exposición a abusos y discriminaciones, al respecto afirma:

“Preocupan al Comité la situación de los migrantes en condición irregular que, tras haber permanecido los 60 días que indica la ley en un Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE), son puestos en libertad con un proceso de expulsión pendiente, situación que los hace más vulnerables a ser víctimas de abusos y

discriminaciones. También preocupan al Comité informaciones recibidas según las cuales los CIE no cuentan con una reglamentación que regule su funcionamiento y esto permite que las condiciones de vida, el acceso a información, la asistencia legal y la atención médica, así como el acceso de las organizaciones no gubernamentales para asistir a los internos a dichos centros, varíen de un CIE a otro (arts. 2, 5 y 6)¹⁴¹⁶.

Por otro lado, haciendo hincapié en su Recomendación General N° 30 del año 2004 sobre la discriminación contra los no ciudadanos, el Comité reitera su opinión de que los Estados partes deben velar porque las políticas no tengan el efecto de discriminar a las personas por motivos de raza, color, ascendencia u origen nacional o étnico, recomendando a España que:

a) Tome las medidas necesarias para garantizar la protección de los derechos básicos a los extranjeros que han salido de un CIE, dotándolos de documentación y haciendo viable la interposición de recursos contra la orden de expulsión que pueda pesar en su contra.

b) Elabore el reglamento de los CIE con la finalidad de uniformar su funcionamiento y garantizar condiciones adecuadas y humanas de internamiento, así como se garantice el acceso de las organizaciones no gubernamentales de asistencia a dichos centros.

Como es de verse la ONU, sus diversas Comisiones y Comités de Trabajo se han pronunciado sobre la detención de extranjeros en los términos antes reseñados, con respecto al caso de España debemos recalcar que ha sido materia de varias Recomendaciones y Observaciones Generales, que denuncian los problemas de los que adolece el internamiento de extranjeros en los CIE¹⁴¹⁷.

¹⁴¹⁶ Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención, 2011, Punto 13, pág.4.

¹⁴¹⁷ Como hemos mencionado la ONU se ha pronunciado en varias ocasiones sobre la situación de los CIE en España. Tal es el caso del Informe de la Relatora Especial de la ONU en el año 2003, el Informe correspondiente al año 2009 del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria (2010), los Informes del CPT de los años 2013 y 2015 y el Informe del 20 de julio de 2015 en el cual la ONU hace llegar 26 observaciones al cumplimiento del CIDH.

En conclusión, más allá de las cuestiones y controversias meramente teóricas que se desprenden del problema originado por el internamiento de extranjeros, las condiciones de internamiento en los CIE son lamentables. Como hemos visto, dichos problemas han sido documentados por innumerables informes de Organismos Internacionales y ONG como la ONU, Amnistía Internacional, CEAR, ACNUR, Pueblos Unidos, Ferrocarril Clandestino, etc. así como por los propios organismos públicos españoles como es el caso de la Defensoría del Pueblo, el MNP y el Ministerio Fiscal. En todos ellos se da cuenta que en efecto ha existido, y existe en la actualidad, una transgresión de derechos que a su vez conculca el valor de la dignidad humana de muchos extranjeros que han sido privados de su libertad por encontrarse en situación irregular.

Desde nuestro punto de vista, sí consideramos que los problemas detectados en los CIE vulneran el contenido del artículo 10.1 CE, dado que es evidente que dichos problemas afectan de diversa manera a la dignidad humana de los internos. Entre los derechos vulnerados tenemos, aquellos inherentes a la condición de persona humana y al libre desarrollo de la personalidad, tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, etc. que son derechos reconocidos no solo en la Constitución sino también a nivel internacional. Lamentablemente estos Centros de Detención poseen en la praxis un carácter carcelario muy marcado que agudiza las deficiencias que poseen.

Por otro lado, consideramos que no es posible hablar de respeto a la dignidad de la persona como principio rector de la Constitución Española, si es que no se califica los actos transgresores de estos derechos, como actos de naturaleza lesiva e inconstitucional. En este sentido, creemos que aún queda mucho por hacer para resolver esta problemática, dado que constituye un caldo de cultivo para la vulneración de derechos fundamentales de muchos extranjeros.

A continuación hemos esbozado un cuadro en el cual se detallan los problemas detectados en los CIE, precisándose el tipo de vulneración que ello implica para los internos:

CUADRO N° 24: Problemas detectados en los CIE-vulneración de derechos

PROBLEMA DETECTADO	¿VULNERACIÓN ART. 10.1 CE?	TIPO DE VULNERACIÓN
Condiciones carcelarias y hacinamiento	SÍ, vulneración de la dignidad humana	Trato inhumano
Decomiso de objetos personales	SÍ, vulneración de la dignidad humana	Trato inhumano
Problemas de infraestructura	SÍ, vulneración de la dignidad humana	Trato inhumano
Falta de criterio para separar a internos	SÍ, vulneración de la dignidad humana	Trato inhumano
Deficiencias en asesoría jurídica	NO	Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva
Deficiencias en servicios sociales	NO	Vulneración del derecho a la asistencia social
Falta de aviso para la deportación	SÍ, vulneración de la dignidad humana	Trato inhumano
Desnudo integral	SÍ, vulneración de la dignidad humana	Trato Degradante
Identificación por número	SÍ, vulneración de la dignidad humana	Trato Degradante
Violencia física y psicológica	SÍ, vulneración de la dignidad humana	Trato inhumano
Deficiente asistencia sanitaria	SÍ, vulneración de la dignidad humana	Trato inhumano

PROBLEMA DETECTADO	¿VULNERACIÓN ART. 10.1 CE?	TIPO DE VULNERACIÓN
Régimen de visitas restringido y defectuoso	SÍ, vulneración de la dignidad humana	Trato inhumano
Falta de efectividad de la medida	NO SÍ, vulneración de la dignidad humana	Vulneración del derecho a la libertad Posibles tratos inhumanos y degradantes

Elaboración propia.

Desde nuestra perspectiva, la situación de estos Centros consideramos que es delicada y debe ser sometida a un cambio de política, que a su vez genere una mejora en el trato a las personas ingresadas. Aún hay muchas mejoras por implementar, y creemos que es posible materializarlas si es que existe de parte del poder político de turno la voluntad política necesaria para ello.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

I. CONCLUSIONES

Concluir es sintetizar el discurrir de un trabajo de investigación desde su concepción hasta el análisis final de sus resultados. Es comparar aquello que se quería averiguar con lo que se ha hallado. Como es sabido, el fenómeno migratorio es complejo, multifactorial y dinámico y por tanto muy rico en cuanto a problemas, tendencias, variaciones y dinámica interna. En la investigación que hemos emprendido se ha analizado una de las aristas derivadas del fenómeno migratorio. La existencia de Centros de Internamiento para Extranjeros en España, es un hecho que ha resultado controvertido desde su génesis en el año 1985.

Entre las conclusiones a las que hemos arribado como consecuencia de nuestra investigación podemos mencionar:

- 1) Si bien es cierto que la Directiva de Retorno Europea contempla la posibilidad de internar a las personas extranjeras en situación irregular en Centros Especializados de Detención durante 6 meses, plazo que puede ser ampliable hasta 18 meses, ello no implica que España tenga la obligación de establecer dichos plazos. La existencia de unos plazos máximos de internamiento fijados por la Directiva no debe conducirnos a error, dado que son los Estados miembro los que deben fijar el plazo máximo de detención e internamiento aplicables en su territorio, es decir la Directiva no impone la obligación de que los Estados miembros transpongan dichos plazos de privación de libertad para el extranjero, limitándose a establecer unos plazos máximos de privación de libertad.

Los Estados, a la vista de su propio marco constitucional y legal pueden imponer un plazo menor que el que recoge la Directiva, como regulación más favorable a los derechos del extranjero. Este sería el caso español, que en la vigente Ley de Extranjería y en su Reglamento contemplan que el periodo máximo de internamiento será de 60 días. Sin embargo consideramos que dadas las

características y los problemas de los internamientos en los CIE, este plazo máximo debería reducirse a 40 días, que era el periodo máximo contemplado en la anterior Ley de Extranjería del año 1985. Como sabemos la Ley de Extranjería y su Reglamento establecen que el tiempo de internamiento debe ser el mínimo indispensable para lograr la expulsión, sin embargo es una generalidad que se disponga el internamiento por el plazo máximo. El internamiento de los extranjeros en los CIE suele ser una experiencia traumática que no debería prolongarse más de lo estrictamente necesario para lograr la expulsión de la persona.

- 2) En el caso de los extranjeros irregulares, el derecho a la libertad a pesar de su carácter de derecho fundamental, es pasible de ser restringido en virtud de la sustanciación de un expediente administrativo. Como hemos visto según nuestra legislación, es posible privar de la libertad a una persona por un periodo de hasta 60 días, privación de la libertad que se produce por la comisión de una infracción administrativa y no penal, dándose el caso que muchas veces se interna a la persona sin haberse resuelto el expediente administrativo incoado (en el caso del procedimiento preferente), es decir sin haberse determinado de manera fehaciente la comisión de la falta administrativa.

Como podemos apreciar, a diferencia de las restricciones de naturaleza administrativa que se imponen a cualquier persona, sea español o extranjero en situación administrativa regular, quienes a lo sumo podrían ser pasibles de una medida administrativa de compulsión sobre las personas, a los extranjeros en situación irregular se les puede privar de su libertad como parte de una medida cautelar de naturaleza administrativa. Este hecho resulta cuanto menos contradictorio porque implicaría un trato diferenciado con este colectivo. Como sabemos el internamiento en los CIE ha sido considerado constitucional por el Tribunal Constitucional. Sin embargo el hecho de que solo los extranjeros en situación irregular sean pasibles de ser privados de su libertad como parte de una medida cautelar de naturaleza administrativa, nos debería hacer reflexionar acerca de su proporcionalidad, puesto que la privación de libertad es la restricción más profunda que puede sufrir dicho derecho.

- 3) La medida de internamiento de extranjeros es de naturaleza compleja dado que es ordenada por un Juez de Instrucción, pero se deriva de un procedimiento administrativo en el cual el Juez no ha formado parte. Es decir se produce en virtud de una orden judicial la cual es adoptada en base a la sustanciación de un previo procedimiento administrativo sancionador de expulsión. La orden de internamiento es judicial pero la *ratio decidendi* de la medida se basa en la instrucción previa de un expediente administrativo. Esta característica resulta cuanto menos peculiar por cuanto se estaría privando de la libertad a cierto grupo de personas, por la comisión de una falta administrativa y no por la comisión de un delito, interviniendo para ello un Juez.

Si bien es cierto que la intervención del magistrado tiene por finalidad garantizar los derechos fundamentales de la persona, entre ellos el derecho a la legítima defensa, dicha intervención en el caso español no sería del todo eficiente por cuanto el Juez de Instrucción no ha sustanciado el procedimiento administrativo que le dio origen y por lo tanto no conoce profundamente los detalles de la supuesta falta administrativa a pesar de que se le traslada el expediente completo. Al parecer, muchas veces los Jueces por diversos motivos aceptan la propuesta del Instructor y emiten el Auto de Internamiento sin haber analizado si la medida de internamiento es realmente necesaria y será eficaz. Por otro lado debemos señalar que existe también la figura del Juez de Control de Estancia que es un Juez diferente al que decide el internamiento que por cierto tampoco ha conocido el expediente administrativo, lo que cual implica que existan diversos agentes judiciales ajenos al expediente sancionador, los cuales no suelen conocer al detalle los casos.

- 4) Los CIE son una medida ineficaz, dado que repasando brevemente las estadísticas desarrolladas en el presente trabajo salta a la luz que el porcentaje de expulsiones es mínimo si lo comparamos con el que corresponde a las personas a las cuales no se logra expulsar del país. La tendencia hacia dicha ineficacia crece año a año. Como hemos visto la justificación formal de la existencia de Centros especializados de detención, es que dicha medida es una herramienta para lograr que esas personas puedan ser expulsadas, vale decir que no tiene una finalidad punitiva sino meramente cautelar. Sin embargo las cifras revelan que la

medida se encuentra lejos de ser eficaz, puesto que en los últimos 6 años no se ha logrado expulsar ni siquiera a la mitad de las personas internadas, es decir, dichas personas han sido privadas de su libertad en vano. Las cifras de los tres últimos años son preocupantes porque cada año la tasa de expulsiones disminuye significativamente. Por ejemplo en el 2014 solo se expulsó al 47%, en el 2015 al 41% y en el 2016 solo al 29% de las personas que fueron internadas.

Ante dicho problema cabe preguntarnos:

- ¿Son los CIE una medida cautelar efectiva para asegurar la expulsión?

La respuesta es negativa por cuanto como hemos visto, las expulsiones no alcanzan ni el 30%, por lo que no se justificaría la medida.

- ¿Debería el Juez competente abstenerse de dictar una medida de internamiento cuando atendiendo a las condiciones personales del extranjero y a la casuística sobre el tema, se pueda presumir que no podrá ser expulsado?

En este caso la respuesta es afirmativa porque el Juez debería evaluar detalladamente si la persona podrá ser expulsada antes de decidir su internamiento. Cuando se pueda deducir que no podrá ser expulsada el Juez debería decantarse por no aprobar el internamiento solicitado por el Funcionario Instructor.

- 5) Los CIE traen como consecuencia el engrosamiento del número de personas en situación irregular denominados como “irregularizables”. Uno de los aspectos que nos llamó la atención de la problemática analizada es el relativo a la situación de los denominados extranjeros “irregularizables”, pues su situación como lo hemos visto, se deriva de un internamiento ineficaz que deja a la persona en un status indefinido, que a su vez produce serios problemas de inserción social pues este colectivo no podrá acceder a un trabajo “legal” y adecuadamente remunerado, ni tampoco podrá acceder a muchas otros beneficios y prestaciones del Estado de Bienestar Español, quedando a la deriva

y a expensas de las limitadas ayudas sociales de las que puedan disfrutar tanto a nivel público como privado a través de las ONG. Dichas ayudas en muchos casos resultan insuficientes o simplemente no llegan a todos los afectados. Esta situación los condiciona en muchos casos a recurrir a la asistencia social residual, al trabajo en economía sumergida, a la mendicidad o muchas veces a la delincuencia.

Como es de verse existe un vacío normativo que genera un “bolsón de irregularizables”, dado que como hemos explicado no existe una solución jurídica para aquellos extranjeros en situación irregular que han sido ingresados en los CIE, pero que a su vez no pueden ser expulsados. Estas personas no tienen la posibilidad legal de regularizar su situación administrativa, debiendo permanecer en esta situación un promedio de 7 años. Este plazo se deriva del resultado de la sumatoria entre el periodo de prohibición de entrada que puede variar entre 3 y 5 años y la prescripción de la sanción que es de 2 años. Nosotros consideramos que es imprescindible que se diseñe una solución a esta problemática dado que año a año el número de personas que se encuentran en esta situación aumenta, por ello hemos diseñado una propuesta de reforma que creemos podría mejorar la situación de este colectivo.

- 6) Las condiciones de internamiento en los CIE son peores que las de las cárceles a pesar de que la normativa establece que sus condiciones deben ser mejores que la de los centros penitenciarios. Como hemos podido apreciar del contenido de los informes que hemos analizado, las condiciones de internamiento en estos Centros son deplorables a pesar de que la legislación española los tipifica como centros especializados de detención de carácter no penitenciario. En estos Centros han podido detectarse una serie de problemas graves como la deficiente infraestructura, hacinamiento y condiciones carcelarias, los tratos inhumanos y degradantes, falta de criterios para separar a los internos, deficiencias en la asistencia sanitaria, jurídica y social, falta de intérpretes, régimen de visitas restringido y deficiente, falta de aviso en la deportación, etc.

Las condiciones carcelarias y los problemas a los que deben someterse las personas que son ingresadas en los CIE, constituyen una evidente vulneración

del derecho a la dignidad humana de estas personas, lo cual debe hacernos reflexionar y tomar conciencia de que esta situación debe cambiar. Con la finalidad de realizar un pequeño aporte hemos esbozado una serie de recomendaciones que expondremos más adelante.

- 7) El internamiento de extranjeros en la práctica constituye una sanción y no una medida cautelar. Desde nuestro punto de vista, como ya lo hemos adelantado, consideramos que el internamiento de extranjeros es una medida que entraña una naturaleza jurídica *sui generis* y compleja, dado que no es formalmente una sanción, es decir, no se impone como consecuencia punitiva de un proceso administrativo ni mucho menos penal. Entonces, si no es una sanción podríamos preguntarnos ¿de qué se trata? La respuesta estriba en que dicha medida ha sido concebida por el legislador como una medida asegurativa o cautelar dentro de un procedimiento administrativo sancionador. Es decir, se trata de una medida para garantizar una decisión presente o futura, que en este caso es la expulsión del territorio español.

La medida de internamiento de un extranjero en un CIE es en esencia una medida cautelar de naturaleza especial, puesto que es ordenada por un Juez, pero tiene como fundamento la sustanciación de un procedimiento administrativo de expulsión. Sin embargo pese a su naturaleza formal, debemos enfatizar que las penosas condiciones de internamiento y la poca eficacia de la medida determinan que en la praxis sea una sanción a la irregularidad administrativa y no una medida para lograr la expulsión, puesto que como hemos visto la mayoría de personas son internadas inútilmente, con las consecuencias traumáticas que ello trae consigo.

- 8) Acerca de la existencia de los Centros de Internamiento de Extranjeros, consideramos que la medida de internamiento en los CIE sí debe existir pero como una medida residual, la cual debe aplicarse solo en casos extremos, debiendo dejar de ser una generalidad como lo sería en la actualidad. Desde nuestro punto de vista los CIE no deben desaparecer, sino cambiar de estructura, normativa y condiciones de internamiento. No se puede pretender desaparecerlos pues forman parte de una necesidad del Estado Español de controlar la

inmigración irregular y de atender a los mandatos de la Unión Europea. El internamiento de extranjeros es una herramienta necesaria para viabilizar la expulsión de los extranjeros plenamente identificados y de los cuales se conozca su nacionalidad que a su vez se encuentren de forma irregular, sin mayor arraigo, sin domicilio regular o conocido y cuya regularización de su situación administrativa sea imposible.

Para que el cambio sea eficaz en primer orden debe adoptarse una serie de modificaciones normativas, así como también debe realizarse una capacitación intensiva y especializada a todos los operadores jurídicos que intervienen de manera directa o indirecta en la medida de internamiento. Por otro lado debe implementarse una política de mejora de la infraestructura de los Centros, no solo en aspectos meramente materiales sino en su concepción como centros no penitenciarios, dotándolos de todos los medios que permitan que la reclusión sea lo menos dañosa posible y muy lejana a las características de un centro penitenciario.

II. RECOMENDACIONES

Mediante el presente trabajo sugerimos que las instancias pertinentes (Congreso y Poder Ejecutivo) realicen modificaciones normativas e implementen ciertas medidas:

- 1) Reducir el periodo de internamiento de 60 a 40 días, dado que consideramos que la Directiva Europea de Retorno, no obliga a España a mantener a las personas recluidas por un determinado espacio de tiempo. Si bien es cierto que dicha norma contempla que el internamiento puede ser de 6 meses ampliable hasta 18, no obliga a los Estados a que se cumpla dicho plazo. En ese sentido dado lo gravosa de la medida y su evidente ineficacia estimamos que debería modificarse la normativa española disminuyendo el periodo de internamiento a 40 días, tal como se encontraba previsto en la primera Ley de Extranjería.
- 2) Disponerse la modificación de la LO 4/2000, su Reglamento y el Reglamento de los CIE a fin de enfatizar que no será posible solicitar y/u ordenar una medida de internamiento cautelar, cuando existan elementos razonables de los cuales se

deduzca de que el extranjero no va a poder ser expulsado. Como hemos visto en muchas ocasiones se dispone el internamiento de las personas sin evaluarse siquiera si en efecto podrán ser expulsadas del país, generándose con ello un “bolsón de irregularizables”. Entre los elementos que deberían tomarse en consideración para disponer el internamiento cautelar tenemos:

- a) Que se conozca su nacionalidad.
 - b) Que existan convenios bilaterales con el país de origen.
 - c) Que el país de origen lo reconozca formalmente como nacional.
- 3) Disponer la obligación de publicación de cifras oficiales acerca de los internamientos, expulsiones y demás aspectos relacionados con los CIE. Lamentablemente en la actualidad no se publican cifras oficiales al respecto, lo cual trae consigo que la problemática permanezca invisibilizada ante la sociedad española.
- 4) Capacitar intensivamente a los funcionarios, personal de policía, Jueces y Fiscales sobre la problemática de la inmigración y sobre todo acerca de las características de los procedimientos administrativos sancionadores en materia de extranjería, enfatizándose en el análisis profundo de la viabilidad de la expulsión. La finalidad de ello es capacitarlos y concienciarlos de que la adopción de una medida privativa de libertad como el internamiento en un CIE, es una vulneración de derechos fundamentales la cual solo debería establecerse en casos concretos cuando sea viable la expulsión, dado que el ingreso en estos centros es una medida cautelar y no una sanción.

En ese sentido debe fomentarse un cambio en la dinámica del internamiento en sí en la cual debe involucrarse a todos los que intervienen en ella. Tal es el caso de la policía, que al parecer muchas veces actúa como si se tratara de investigaciones criminales; de la autoridad gubernamental, que en muchos casos no sustancia adecuadamente los procedimientos administrativos optando por la utilización masiva del procedimiento preferente que permite autorizar el internamiento antes de la resolución final, en vez de optar por el procedimiento ordinario que solo permite el internamiento una vez resuelto el expediente; de

los Jueces de Instrucción que al parecer lejos de analizar los antecedentes de cada caso y verificar si en realidad existe un riesgo de fuga o si es posible la expulsión, suelen autorizar el internamiento de manera casi automática sin tomar en consideración que se trata de una medida excepcional, y que ante todo debe primar el principio “*A Favor Libertatis*”; de los abogados de oficio, que en ocasiones por el excesivo número de casos que son puestos a su disposición, o en su defecto por desinterés manifiesto, no asesoran debidamente a los inmigrantes; y un largo etcétera.

- 5) Mejorar las condiciones de internamiento, cambiando el carácter carcelario de los CIE. Para ello el Gobierno debería aprobar un plan intensivo que tenga por objeto la implementación de mejoras urgentes en los CIE. Entre las mejoras a implementar debería considerarse una supervisión minuciosa de la infraestructura de los Centros y disponerse la modificación de los recintos que posean características carcelarias, a fin de mejorar las condiciones de internamiento.
- 6) Disponer la separación de los internos con antecedentes policiales y penales de aquellos que no los tienen. Como hemos podido apreciar la mezcla indiscriminada de personas sin antecedentes de comisión de delitos o faltas con aquellas que en efecto sí las poseen, traen consigo conflictos entre las personas internadas, lo cual a su vez incrementa el impacto y las consecuencias negativas de la medida de privación de libertad.
- 7) Disponer una vía de solución al problema de los irregularizables. Para ello consideramos que una vía de solución podría ser la de facilitar a estas personas una regularización provisional de su situación administrativa condicionada al cumplimiento de ciertas condiciones. Para ello deberían cumplir una serie de requisitos, como es el hecho de encontrarse empadronados en algún ayuntamiento español y que se verifique una manifiesta voluntad de conseguir empleo. Podría someterse dicha regularización a una evaluación periódica en la que se verifique si la persona está cumpliendo con dichos requisitos y de esa manera procurar su inserción social.

BIBLIOGRAFÍA

ACHOTEGUI, J., “El Síndrome del Inmigrante con estrés crónico y múltiple”, *Jornadas sobre, Centros de Internamiento, externalización de Fronteras: Vulneración de derechos en la U.E*, ABEDIE, ACPE, Barcelona 2 de julio de 2010.

ADAM MUÑOZ, M.D., “El internamiento preventivo del extranjero durante la tramitación del expediente de expulsión (Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 144/1990, de 26 de septiembre)”, *La Ley*, 1991, 3, págs. 970-978.

AGIRREAZKUENAGA, I., *La Coacción Administrativa Directa*, Civitas 1990.

AGUADO I CUDOLÀ, V., “El régimen jurídico de los Centros de Internamiento de Extranjeros”, trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación del Ministerio español de Economía y Competitividad *Regulación y gestión de servicios de interés general y espacios públicos. El reto de las ciudades inteligentes*, (DER2015-68966-P), 2014.

AGUELO NAVARRO, P., y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Ley de Extranjería*, Colegio de Abogados de Zaragoza, Zaragoza, 2000.

AGUELO NAVARRO, P., y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

ALARCÓN MOHEDANO, I. y otros, *Derecho de extranjería. Práctica administrativa y jurisprudencial*, Dykinson, Madrid, 2002.

ALBADALEJO, S., *Derecho civil I*, volumen 2º, Madrid, 1996.

ALONSO, L., *La mirada cualitativa en sociología*, Ed. Fundamentos, Madrid, 1998.

ALONSO OLEA, M., “La libertad de sindicación: manifestaciones, contenido y garantías en la Constitución Española”, *Estudios de Derecho del Trabajo, en memoria del profesor Gaspar Bayón Chacón*, Tecnos, Madrid, 1980.

ALONSO PÉREZ, F., “Detención «gubernativa» de extranjeros”, *Diario La Ley*, 1999.

ALONSO PÉREZ, F., “La medida de internamiento en la nueva legislación de extranjería”, *La Ley*, 2002, 7, págs. 1558- 1576.

ALONSO PÉREZ, F., “Las medidas de “devolución” y “retorno” en la legislación de extranjería: innovaciones introducidas por la STS de 20 de marzo de 2003”, *La Ley*, 2003, 5, págs. 1631-1638.

ALONSO PÉREZ, F., “Expulsión administrativa de extranjeros. Innovaciones introducidas por las Leyes Orgánicas 11/2003, de 29 de septiembre, y 14/2003, de 20 de noviembre”, *La Ley*, 2004, 3, págs. 2010-2017.

ÁLVAREZ CONDE, E., “El status constitucional de los derechos fundamentales de los inmigrantes”, en ÁLVAREZ CONDE, E y PÉREZ MARTIN, E. (coords.), *Estudios sobre derecho de extranjería*, Universidad Rey Juan Carlos. Instituto de Derecho Público, Madrid, 2005.

ALZAGA VILLAMIL, O., *Comentarios a la Constitución de 1978*, Tomo II, arts. 10 a 23, Aranzadi, Madrid, 1996.

AMARILLA, N., *Un Real Decreto Ley para gobernarlos a todos*, European Pharmaceutical Law Group, Madrid, 2012, http://eupharlaw.hl224.dinserver.com/historico/noticias/NuriaAmarilla_RDL_ADS.pdf

ANGUIANO, M., *Emigración reciente de latinoamericanos a España: Trayectorias laborales y movilidad ocupacional*, Departamento de Estudios Sociales del Colegio de la Frontera Norte, Ciudad de México, 2002.

APRELL LASAGABASTER, C., *Régimen Administrativo de los extranjeros en España*, Universidad de Málaga-Marcial Pons, Madrid, 1994.

ARANGO, J., “Las Leyes de las Migraciones de E.G. Ravenstein 100 años después”, *REIS*, N° 35: 7-26, 1985.

ARANGO, J., “Disparidades demográficas y potencial migratorio en el Mediterráneo”, *Simposio Internacional sobre Movimientos Humanos en el Mediterráneo Occidental*, Barcelona, ICEM, 1992.

ARANGO, J., “Las migraciones internacionales a fines del siglo XX. Realidad y teoría”, en VV.AA, *Escritos de Teoría Sociológica en homenaje a Luis Rodríguez Zúñiga*, Madrid, 1994, págs.1145-1164.

ARBAIZA VILALLONGA, M., *Estrategias familiares y Transición demográfica en Vizcaya, 1825-1930*. Tesis doctoral, Bilbao, Servicio editorial de la U.P.V/EHU, 1994.

ARNOLD, R.; MARTÍNEZ ESTAY, J., y ZÚÑIGA URBINA, F., “El Principio de proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Estudios Constitucionales*, Año 10, N° 1, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2012, págs. 65-116.

ARRESE IRIONDO, M^a. N., “El derecho a la reagrupación familiar tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 2/2009”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm 87-88, 2010, págs. 79-107.

ARRESE IRIONDO, M^a. N., *El derecho a la reagrupación familiar de las personas extranjeras*, UPV-EHU, Bilbao, 2011.

ARRESE IRIONDO, M^a. N., *La Ciudadanía de la Unión Europea y la libertad de circulación de los familiares extranjeros*, Lete, Bilbao, 2012.

ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Artículo 15. El derecho a la nacionalidad: fuente del reconocimiento y de la negación de derechos”, en MENOR, C., ORDEÑANA, I. (Dir.), *La Declaración Universal de los Derechos Humanos: ayer, hoy y mañana*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2012, págs. 148- 201.

ARRESE IRIONDO, M^a. N., “La nueva dimensión de la ciudadanía de la Unión y su repercusión sobre el derecho de residencia”, *Revista de Administración Pública*, núm. 194, Madrid, mayo-agosto 2014, págs. 179-208.

ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Artículo 19. Protección en caso de devolución, expulsión y extradición y la prioridad de los derechos humanos”, en ORDEÑANA, I. (Dir.), *La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español / Europar Batasunaren Oinarrizko Eskubideen Gutuna eta bere islada espainiar ordenamendu juridikoan*, Aranzadi-Thomson Reuters, 2014, págs. 134- 167.

ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Competencia de las comunidades autónomas en materia de sanidad y asistencia sanitaria a las personas migrantes en situación irregular”, *Revista Aragonesa de Administración pública*, núm 47-48, Zaragoza, 2016, págs. 210-243.

ARRESE IRIONDO, M^a. N., “La protección de la vida familiar frente a las decisiones de política migratoria en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en BARBERO, i., y M^a ARRESE, M^a. N., *Tensiones entre las políticas de extranjería y los derechos humanos*, Tirant lo Blanch- Colección de Derechos Humanos, Valencia, 2016, págs. 71-104.

ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Artículo 5. Derecho a la libertad y a la seguridad”, en LASAGABASTER HERRARTE, I., (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 3^a. Edición, Civitas, Pamplona, 2015, págs. 139- 188.

ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Artículo 12. Derecho a contraer matrimonio”, en LASAGABASTER HERRARTE, I., (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 3^a. Edición, Civitas, Pamplona, 2015, págs. 256- 299

ARRESE IRIONDO, M^a. N., “Artículo 13. Derecho a un recurso efectivo”, en LASAGABASTER HERRARTE, I., (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 3^a. Edición, Civitas, Pamplona, 2015, págs. 300- 346.

ARSUAGA, J., L., *El collar del Neandertal*, Círculo de Lectores, Barcelona, 1999.

ARZOZ S., X., “Derecho al respeto a la vida privada y familiar”, en LASAGABASTER HERRARTE., I., (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario Sistemático*, 3ª. Edición, Civitas, Pamplona, 2015.

ASÚA BATARRITA, A., “La expulsión del extranjero como alternativa a la pena: incongruencias de la subordinación del derecho penal a las políticas de control de la inmigración”, en LAURENZO COPELLO, P., (Coord.), *Inmigración y derecho penal. Bases para un debate*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

AZURMENDI INCHAUSTI, M. “Los derechos y la integración social de los inmigrantes en Europa”, *Estudios de derecho judicial*, núm. 81, Madrid, 2006.

BALAGUER, F., “*El contenido esencial de los derechos constitucionales y el régimen jurídico de la inmigración. Un comentario a la STC 236/2007 de 7 de noviembre*”, *Revista de la Universidad de Granada*, 2008, <http://www.ugr.es/~redce/REDCE10/articulos/15FranciscoBalaguerCallejon.htm>

BANACLOCHE PALAO, J., *La libertad personal y sus limitaciones*, Mc Graw Hill, Madrid, 1996.

BARBERO GONZÁLES, I., “El movimiento de los “sin-papeles” como sujeto de jurisdicción”, *Revista Internacional de Sociología*, núm. 1, vol. 71, 2013, págs. 123-168.

BARBERO GONZÁLES, I., “El acceso pleno e inmediato de autoridades públicas en los Centros de Internamiento para Extranjeros para el control de derechos y garantías legales”, en *VIII Congreso Internacional sobre las Migraciones*, Instituto Migraciones (Javier García Castaño, Ed.), 2015.

BARBERO GONZÁLES, I., “La construcción de la alteridad en el derecho de extranjería español”, en SIEBER, C. ; ABREGO, V. ; BURGERT, A.,(Eds.), *Nación y*

migración: España y Portugal frente a las migraciones contemporáneas, Biblioteca Nueva, 2015 págs. 234- 259.

BARONA VILAR, S., GÓMEZ COLOMER, J.L. y MONTÓN REDONDO, A., *Derecho Jurisdiccional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2004.

BARRANCO, P. M., *Aplicación del principio de proporcionalidad en actuaciones urbanísticas sin título jurídico habilitante*, UNIA, Huelva, 2010.

BARREIRO, A., “*La reforma de la prisión provisional (leyes orgánicas 13 y 15 de 2003) y la doctrina del Tribunal Constitucional (I)*”, *Jueces para la Democracia. Información y Debate*, núm. 51, Madrid, 2004.

BATUECAS, J.M, *La expulsión del extranjero en la legislación española*, Club Universitario, Alicante, 2009.

BELLOCH, J. A., “Los derechos del extranjero: el internamiento preventivo y su homologación judicial”, en *Privaciones de Libertad y Derechos Humanos*, Hacer, Barcelona, 1987.

BENITO LÓPEZ, R., “Centros de Internamiento para Extranjeros, privación de libertad sin garantías”, *Corintios XIII*, 137-138, Madrid, enero- junio 2011, págs. 45-89.

BERDICHEWSKY, B., *Una visión global de la humanidad—Cover*, Lom Ediciones, Madrid, 2002.

BERGER, J.; MHOR, J., *Un séptimo hombre*, Huerga Fierro, Madrid, 2002.

BLANCO, C., “El inmigrante como sujeto marginado. Claves interpretativa”, en ALVITE, J.P. (Coord.), *Racismo, antirracismo e inmigración*, Alianza, Madrid, 1995.

BLANCO, C., *Las migraciones contemporáneas*, Ciencias Sociales, Alianza Editorial, Madrid, 2000.

BLANCO, C., *Las migraciones contemporáneas*, Alianza, Madrid, 2000.

BLANES RODRÍGUEZ, E., “Reflexiones sobre las sanciones a la estancia ilegal y entrada ilegal de los extranjeros, previstas en la LO 4/2000 y el principio de legalidad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, el derecho de audiencia y tutela judicial cautelar, *"Inmigración y Derecho"*, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2002, pág. 2- 38.

BONILLA, M., “La construcción de la imagen y el estatuto del inmigrante indocumentado en la España de la época de la globalización”. En MATO, D.(coord.), *Políticas de ciudadanía y sociedad civil en tiempos de globalización*, FACES, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 2004, págs. 221-237.

BORJAS, G., *Friends or strangers: the impact of immigrant on the U.S economy*, Baris Books, New York, 1990.

BOURDIEU, P y WACQUANT, L., *An invitation to reflexive sociology*, Oxford, 1992.

BROTATI JUBERT, R., *Un concepto de seguridad ciudadana* (PDF), 2002, consultado el 21 de abril de 2015, <http://www.insumisos.com/lecturasinsumisas/Un%20concepto%20de%20seguridad%20ciudadana.pdf>.

BUNGE, M., y ARDILA, R., *Filosofía de la psicología*, Siglo Veintiuno Editores, México, 2002.

CABALLOL ANGRILL, M., “El reconocimiento constitucional de la potestad sancionadora de la administración. Límites establecidos en el artículo 25.1 de la Constitución”, *Revista Autonomies N° 11*, Barcelona, 1990, págs. 121- 138.

CACHÓN, “*Integración de los inmigrantes a través del trabajo*”, *Documentación Social*, Madrid, núm.º 133, 2004, págs. 97-120.

CALVET BOTELLA, J.. “Medidas cautelares civiles”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1935, 2003, pág. 5 – 17.

CALVO R. E., “*El procedimiento administrativo sancionador. Especial referencia a las medidas cautelares*”, en *Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería- Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. III-2001, CGPJ, Madrid, 2002.

CANOSA USERA, R., “Sinopsis artículo 25- Constitución española, 2011”, <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=25&tipo=2>

CARRERAS MARAÑA, J., “Efectos del concurso sobre los derechos fundamentales del concursado. Análisis del art. 1 de la LO 812003, de 9 de julio”, *Estudios de Derecho Judicial*, núm. 54-2004, CGPJ, 2004, págs. 241 a 300.

CASAL HERNÁNDEZ, J., *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

CASTLES S. y KOSACK G., *Los trabajadores inmigrantes y la estructura de clases en Europa Occidental*, Fondo de Cultura Europeo, México, 1984.

CASTLES S.; KOSACK, G y MILLER, M., *The Age Migrations. Population Movements in Modern World*, McMillan, Londres, 1993.

CAVAS MARTÍNEZ, F., *Comentarios a la Ley de Extranjería y su nuevo Reglamento*, Ed. Civitas, Madrid, 2011.

CENTRO DE ESTUDIOS Y DOCUMENTACIÓN SOBRE INMIGRACIÓN, RACISMO Y XENOFOBIA, “Los controles policiales en la vía pública dirigidos a la identificación y detención de personas migrantes irregulares”, *Revista MUGAK*, Nº 56, Madrid, 2011

CERIANI, C, P., La Directiva de retorno de la Unión Europea: apuntes críticos desde una perspectiva de derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos de la Universidad de Chile*, Santiago de Chile, 2009, págs. 85-94.

COFRÉ LAGOS, J., “Los términos “dignidad” y “persona”. Su uso moral y jurídico. Enfoque filosófico”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XVII, diciembre de 2004, págs. 9-40.

COLECTIVO IOÉ, “Los inmigrantes en España”, *Rev. Documentación Social*, núm. 66, Madrid, 1987.

COLECTIVO IOÉ, “España, frontera sur de Europa”, *Rev. Documentación Social*, núm. 77, Madrid, 1989.

COLECTIVO IOÉ, *La Inmigración Extranjera en Cataluña. Balance y Perspectivas*, Institut Catalá d'Estudis Mediterranis, Barcelona, 1992.

COLECTIVO IOÉ, “Inmigrantes en España y la CAM. Situación y perspectiva. Retos de las instituciones educativas”, (inédito), 1994.

COLECTIVO IOÉ, “¿Cómo estudiar las migraciones internacionales?”, *Revista Migraciones (0)*, Madrid, 1996.

COLECTIVO IOE, “Procesos de inserción y exclusión social de las mujeres inmigrantes no comunitarias”, *Mimeografiado*, Madrid, 1996.

COLECTIVO IOÉ, *Inmigrantes, trabajadores, ciudadanos. Una visión de las migraciones desde España*, Universitat de Valencia, Valencia, 1999.

COLECTIVO IOÉ (Miguel Ángel de Prada, Walter Actis y Carlos Pereda), “¿Cómo abordar el estudio de las migraciones? propuesta teórica-metodológica”, en CHECA, F. (ed.), *Las migraciones a debate, IV Congreso de Inmigración Africana, Almería, 6-8 de abril de 2000*, Icaria, Barcelona, 2002, págs. 17-54.

COLECTIVO IOÉ, *Inmigración, escuela y mercado de trabajo. Una radiografía actualizada*, Fundación “La Caixa”, Barcelona, 2002.

COLMENERO MELÉNDEZ DE LUARCA, M., “El extranjero como autor de delitos”, *Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal*, núm. 1, 2003, págs. 807-868.

COLMENERO MELÉNDEZ DE LUARCA, M., “La expulsión del extranjero infractor como respuesta penal: Evolución jurisprudencial y reforma del código penal”, *CGPJ y CEJ, Plan Estatal 2010*, 2010, págs. 231- 265.

COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO, *Inmigración: Integración y Derechos Fundamentales*, Bruselas, 2010.

CORDERO LOZANO, C., *Expulsión, devolución y retorno de extranjeros*, Bosch, Barcelona, 2011.

CRUZ VILLALÓN, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Tecnos, Madrid, 1984.

CRUZ VILLALÓN, P, "Dos cuestiones de titularidad de derechos: los extranjeros; las personas jurídicas", *REDC*, núm. 35, mayo-agosto de 1992, págs. 63-73.

CUBERO MARCOS, J., “Principio non bis in idem en la ley vasca de la potestad sancionadora”, *IVAP*, Oñati, 2010.

CUBERO MARCOS, J., “Derechos sociales y libertad De establecimiento y prestación de servicios”, *R.V.A.P*, núm. 87- 88, 2010, págs. 89- 128.

CHUECA, S., A., *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Bosh, Barcelona, 1999.

DE AHUMADA, R., J., *Materiales para el estudio del derecho administrativo económico*, Dikynson, Madrid, 2002.

D’ANCONA, M., VALLES, M., *Informe Evolución del Racismo y la Xenofobia en España*, Ministerio de Trabajo e Inmigración y el Observatorio Español del Racismo y la Xenofobia, Madrid, 2009.

DE HOYOS SANCHO, M., *La detención por delito*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

DE LA OLIVA SANTOS, A.; DÍEZ-PICAZO GIMENEZ, I. y VEGAS TORRES, J., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración (I)*, Editorial Universitaria Ramón Arese, 3a ed., 2004, Madrid, págs. 121- 178.

DE LA OLIVA SANTOS, A., “La protección de los derechos fundamentales en la Constitución Europea: a propósito del derecho a un recurso efectivo, del artículo 13 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Fundamentales y las Libertades Públicas”, en *Garantías fundamentales del Proceso Penal en el Espacio Judicial Europeo*, Colex, Madrid, 2007, págs. 255-272.

DE LUCAS, J., “Un test para la solidaridad y la tolerancia: el reto del racismo”, *Sistema* núm. 106, 1992, págs. 13-28.

DE LUCAS, J., *El Desafío de las Fronteras*, Madrid, Ensayo, 1994.

DE LUCAS, J.,” La desaparición del extranjero y su sustitución por el inmigrante: Estrategias de legitimación en la Unión Europea Hoy”, en DELGADO, M., *Ciutat i immigració*, Centro de Cultura Contemporánea de Barcelona CCCB, Barcelona, 1997.

DE LUCAS, J., “Cómo introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración”, en MIRAUT MARTÍN. L (Ed), *Justicia, Migración y Derecho*, Madrid, Dykinson, 2004, págs. 15-24.

DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., J., “Detención e internamiento de extranjeros: estatuto jurídico”, *Diario La Ley*, 2001.

DELGADO, M., “¿Quién puede ser inmigrante en la ciudad?”, en VV.AA., *Exclusión social y diversidad cultural*, Gakoia, San Sebastián, 2002, págs. 9-24.

DELGADO DEL RINCÓN, L., “El derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes irregulares: Reflexiones sobre la reforma introducida por el Real Decreto-Ley 16/2012,

de 20 de abril”, *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*, Madrid, 2014, págs. 189-231.

DEVOTO, F., *Una bibliografía para las migraciones*, Buenos Aires, Ed. Universidad de Buenos Aires, 1992.

DÍAZ CREGO, M., “Derecho de Extranjería y Jurisprudencias del Tribunal Constitucional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en AJA FERNÁNDEZ, E. (Dir.), *Inmigración y crisis económica: impactos actuales y perspectivas de futuro*, Bellaterra, Madrid, 2011, págs. 372- 406.

DÍAZ CREGO, M., “Derecho de Extranjería y Jurisprudencias del Tribunal Constitucional, Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, en AJA FERNÁNDEZ, E. (Dir.), *La Hora de la Integración. Legislación y Jurisprudencia*, Bellaterra, Madrid, 2012, págs. 402- 452.

DÍEZ-PICAZO, L. M., *Sistema de derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 2003.

DIOS PINTADO, S., “Inmigración y extranjería en el debate parlamentario español”, en HERNANDEZ, M. y PEDREÑO, A., *La condición inmigrante*, Universidad de Murcia, Murcia, 2005.

DIRECCIÓN GENERAL DE JUSTICIA Y ASUNTOS DE INTERIOR, *Hacia una política de inmigración común en la UE*, B-1049, Bruselas, 2004.

DOMINGO PÉREZ, C.; VIRUELA MARTÍNEZ, R., “Cadenas y redes en el proceso migratorio español”, *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, N° 94, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2001.

DORADO NOGUERAS, F. M. ; RODRIGUEZ CANDELA, J. L., *De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador, Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería (LO 4/2000 y LO 8/2000)*, Comares, 2001.

DORAL, J., A., “La Noción de orden público”, en *Derecho Civil Español*, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1967, págs. 345- 398.

DOTÚ Y GURI, M., *Los derechos fundamentales, derecho a la libertad frente a las medidas cautelares penales*, Bosch Editor, Madrid, 2013.

ESPARZA, I.; ETXEBARRÍA, G., “Derecho a un proceso equitativo”, en LASAGABASTER HERRARTE, I., (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 3ª. Edición, Civitas, Pamplona, 2015.

ESPINAR VICENTE, J. M., *Comentarios a la Nueva ley de extranjería*, Ed. Dilex, Madrid, 2014.

ESQUEMBRE VALDÉS, M., “Comentario al Art. 20”, en ASENSI SABATER, J. (Dir.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Edijus, Barcelona, 2001.

ESTEBAN DE LA ROSA, F., “El Derecho de sufragio de los extranjeros en España”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3ª época, Núm. 1, 1998, págs. 135-171.

ESTEBAN DE LA ROSA, G., “La Nueva Directiva de Retorno Europea en el contexto de la actual política de inmigración”, *Revista de Estudios Jurídicos*, N° 08/2008 (Segunda Época), Universidad de Jaén, Jaén, 2008.

ESTRADA CARRILLO, V., *Comentarios a la Ley Orgánica y Reglamento de Extranjería*, Trivium, Madrid, 1993.

FERNÁNDEZ, J. G., “La Criminalidad de los Inmigrantes. Aproximación Criminológica y Conciencia Social frente al fenómeno”, *Revista Gallega de Seguridad Pública*, núm. 8, 2006, págs.145-186.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., “Extranjeros inscritos en el Sistema de Información de Schengen como no admisibles y eficacia en España de resoluciones de expulsión

acordadas por otros Estados de la Unión Europea”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, Madrid, 2006, núm. 13, págs. 31-55.

FERNÁNDEZ COLLADOS, B., *El estatuto jurídico del trabajador extracomunitario en España*, Aranzadi Social, Madrid, 2007.

FERNANDEZ SEGADO, F., “Distribución de competencias en la Constitución Española”, *Revista de Derecho*, Vol. V, diciembre 1994, págs. 39-51.

FERRAJOLI, J. L., *Derecho y razón, Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995.

FERRAJOLI, J. L., *Derechos y garantías. La Ley del más débil*, Trotta, Madrid, 2001.

FERRERES COMELLA, V., *Justicia constitucional y democracia*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

FOUCAULT, M., *Vigilar y castigar: Nacimiento de la prisión*, SIGLO XXI, Buenos Aires, 2005.

FREIXES SAN JUAN, T., “Reflexiones sobre la interpretación constitucional del derecho a la libertad personal”, *Revista vasca de Administración Pública*, núm. 35, 1993.

FREIXES SAN JUAN, T., y REMOTTI, J., *El derecho a la libertad personal*, PPU, Barcelona, 1993.

GÁLVEZ MONTES, J., “Artículo 17 CE: Seguridad personal”, en ALZAGA, O. (Dir.), “*Comentarios a la Constitución Española de 1978*”, Tomo III, Edersa, Madrid, 1996.

GARCÍA ABAD, R “El papel de las redes migratorias en las migraciones a corta y media distancia”, *Revista Electrónica de geografía y ciencias sociales*, Universidad de Barcelona, Barcelona, 2001, págs. 123- 157.

GARCÍA ABAD, R., “Un estado de la cuestión de las teorías de las migraciones”, *Revista Historia Contemporánea*, N° 26, Universidad del País Vasco, 2003, págs. 329-351.

GARCÍA CATALÁN, J. M., *Infracciones, sanciones y procedimiento en la Ley y el Reglamento de Extranjería*, Atelier, Barcelona, 2002.

GARCIA DE ENTERRIA, E., “La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionadora de la administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm., 29, 1981, págs. 112- 159.

GARCÍA GONZALES, A., “La dignidad humana como fundamento de los derechos humanos”, *Revista Jurídica IUS*, N° 28, Universidad Latina de América, México, 2007.

GARCÍA MORILLO, J., *El amparo judicial de los derechos fundamentales*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.

GARCÍA MORILLO, J., *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos, Vol. J*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

GARCÍA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal*, Universitat de Valencia, Valencia, 1995.

GARCÍA NINET, J. I.; “Libertad sindical y derecho de huelga de los trabajadores extranjeros autorizados así como de los sin papeles”. *Tribuna Social*, núm. 205/2007, 2007, págs. 8-26.

GARCÍA ROCA, J.; “La titularidad constitucional e internacional de los derechos fundamentales de los extranjeros y las modulaciones legales a sus contenidos”, en M. REVENGA SÁNCHEZ, M. (Coord.), *Problemas constitucionales de la 27 inmigración: una visión desde Italia y España. II Jornadas Italo-españolas de Justicia Constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 71-109.

GARCÍA-PANASCO MORALES, G., “Medidas cautelares: especial referencia a los centros de internamiento de extranjeros”, en *Fiscales, Seminario especialistas extranjería y novedades*, Madrid, 2004, págs. 29- 59.

GARRIDO MAYOL, V., “Sinopsis del Artículo 149.2 CE”, disponible en: <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=149&tipo=2> Diciembre, 2003, consultado con fecha 23 de marzo de 2015.

GARRIDO FALLA, F., *Comentarios a la Constitución*, 3ª Edición, Civitas, Madrid, 2001.

GASTÓN, E., “Enfoque micro sociológico de los efectos de la movilidad”, Congreso Internacional “*Los Jóvenes de Cultura Musulmana en la Unión Europea*”, Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 18-22 Abril, 1995, págs.. 67-90.

GIMÉNEZ ROMERO, Carlos “*Qué es la inmigración. Problema y oportunidad, ¿Cómo lograr la integración de los inmigrantes? Multiculturalismo o interculturalismo?*” R. B. A. Integral. Barcelona, 2003

GIMENO SENDRA, V., y otros, *Derecho Procesal Tomo II (vol I), El Proceso Penal I*, 3a edición, Tirant lo Blanch, Barcelona, 1991.

GIMENO SENDRA, V., *El proceso de "Habeas Corpus "*, Tecnos, 2a edic., Madrid, 1996.

GIMENO SENDRA, V., “Cuestiones prejudiciales devolutivas y “non bis in ídem” en el proceso penal”, *Revista General de Derecho Procesal*, núm. 1, 2003, págs. 89- 126.

GISBERT CASASEMPERE, R., “Las medidas cautelares de detención e internamiento en el procedimiento de expulsión de extranjeros”, *Actualidad Administrativa*, núm. 2, 2007, págs. 79- 111.

GOIG MARTÍNEZ, J., “Régimen jurídico y políticas sobre extranjería en España. Comentario a la STS de 20 de marzo de 2003”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 12 y 13, UNED, 2º semestre 2003- 1º semestre 2004, págs. 38- 61.

GOIZUETA V., J., “Los diferentes regímenes jurídicos del derecho a la libre circulación y residencia en territorio español: especial referencia a extranjeros y ciudadanos comunitarios”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 16, 2007, págs. 71- 123.

GÓMEZ FERRER, R.; ORTEGA CARBALLO, C. y RIPOLL CARULLA, S., *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Lex Nova, Barcelona, 2010.

GONZALES, G., J., *Algunas cuestiones sobre el derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros a la luz de la jurisprudencia constitucional y de la Ley Orgánica 2/2009*, UNED, Madrid, 2010.

GONZALES CAMPO, E., *La ejecución penal en relación con el extranjero en situación irregular*, CGPJ y CEJ, Plan estatal 2010, Madrid, 2010.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el proceso penal*, Tirant Lo Blanch, Madrid, 1990.

GONZÁLEZ MALABIA, S., “Reflexiones sobre los aciertos y desaciertos de la Ley orgánica reguladora del procedimiento de Habeas Corpus”, *Actualidad Penal*, núm. 14, 2001, págs. 45- 88.

GONZÁLEZ TREVIJANO, P., *Libertades de circulación, residencia, entrada y salida en España*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1991.

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*, núm. 6, 2011, págs. 1-16.

GOYZUETA V., J., “La libertad de circulación y residencia en España: algunas notas sobre su titularidad y régimen de ejercicio”, *Revista Vasca de Administración Pública. Herri-Arduralaritzako Euskal Aldizkaria*, Nº 78, 2007, págs. 153-184.

GOIZUETA V., J., *Los diferentes regímenes jurídicos del derecho a la libre circulación y residencia en territorio español: especial referencia a extranjeros y ciudadanos comunitarios*, U. de Valencia, Valencia, 2008.

GREGORIO, C., *Migración femenina, su impacto en las relaciones de género*, Narcea S.A. de Ediciones, Madrid, 1998.

GUAITA, A., *Derecho Administrativo Especial*, Tomo II, Publicaciones del Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, Zaragoza, 1965.

GUARINELLO, R., “La Dicrezionalità del giudice in tema di captura e di libertà provvisoria”, *Rivista italiana di Diritto processuale*, 1966, págs. 66- 112.

GURAK, D. y CACES, F, "Redes migratorias y la formación de sistemas de migración", en Malgesini, G., *Cruzando fronteras. Migraciones en el sistema mundial*, Icaria, Barcelona, 1998, págs. 75-110.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I, “Constitución española, derechos de los extranjeros”, *Jueces para la Democracia*, núm. 41, UNED, Madrid, 2001, págs. 4-22.

GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, I., “Los derechos fundamentales de los extranjeros en la Constitución y en las Leyes españolas”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, Nº. 22, 2003, págs. 13-26.

HANNERZ, U., *Conexiones transnacionales. Cultura, gente, lugares*, Cátedra, Madrid, 1998.

HAREVEN, T., “Historia de la familia y la complejidad del cambio social”, *Boletín de la Asociación de Demografía Histórica*, vol. XIII, núm. 1, 1995, págs. 99-149.

HARRIS, J. y TODARO, M., "Migration, unemployment and development: A two Sector Analysis", *American Economic Review*, núm. 60, 1970, págs. 136- 189.

HEREDIA PUENTE, M y FÁBREGA RUIZ, C., *Medidas cautelares en el derecho de extranjería. Internamientos, expulsiones y otros aspectos de derecho de extranjería*, Colex, Madrid, 1997.

HERNÁNDEZ GALLEGO, P., "Los extranjeros y sus derechos. El extranjero irregular", *Estudios Jurídicos del Cuerpo de Secretarios Judiciales*, VI-2001, CEJAJ, 2001, págs. 575 a 636.

HOYOS SANCHO, M., *La detención por delito*, Aranzadi, Pamplona, 1997.

HUERTA TOCILDO, S., "El derecho fundamental a la legalidad penal", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, 1993, págs. 2- 43.

HURI AGE, Consolider Ingenio 2010, "Los centros de internamiento de extranjeros en el sistema español", en Informe *el Tiempo de los derechos* N° 32, Universidad Carlos III, 2013.

ICAFI, "Criterios para la impugnación de denegaciones de entrada", www.icafe.com/docs/estrangeria/jurisprudencia/deneg_entrada.pdf, 2007.

IZQUIERDO, A. (compilador), *Políticas Migratorias: La Interacción del estado, el mercado y la ciudadanía*, Universidade da Coruña, La Coruña, 2007.

IZU BELLOSO, M., "Los conceptos de orden público y seguridad ciudadana tras la Constitución de 1978", *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 58, abril-junio de 1988, págs. 132- 156.

JARRÍN MORÁN, A., "La persona en el "limbo jurídico: *ni expulsables ni regularizables en España*", en Ponencia del IV Congreso de la Red Internacional de

Migración y Desarrollo, Crisis Global y Estrategias Migratorias: Hacia la redefinición de las políticas de movilidad, 18-20 mayo 2011- FLACSO, Quito, Ecuador.

JARRÍN, MORÁN, A.; “La construcción de la persona inmigrante en el limbo jurídico: ni expulsables ni regularizables en España”, *Cadernos de Campo*, São Paulo, núm. 21, 2012, págs. 301-318.

JARRÍN MORÁN, A.; RODRIGUEZ GARCÍA, D. y DE LUCAS, J.; “Los centros de internamiento para extranjeros en España: Una evaluación crítica”, *Revista CIDOB d’afers internacionals*, núm. 99, septiembre 2012, págs. 201-220.

KAPLAN, A., *De Senegambia a Cataluña. Procesos de aculturación e Integración Social*. Barcelona, Fundación “la Caixa”, Barcelona, 1998.

LABACA Z., M., “El derecho a la vida familiar de los inmigrantes en la legislación de extranjería”, *Revista Saberes*, vol. 3, Madrid, 2005, págs. 1-56.

KANT, E., *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Alianza Editorial, Barcelona, 2005.

LACOMBA, J. y DEL OLMO, N. “La inmigración musulmana y su inserción. Musulmanes en Valencia”, *Patronat Sud-Nord- Papers Sud-Nord*, núm. 1, Valencia, 1996, págs. 123- 129.

LACOMBA, J., “La inmigración musulmana y el Islam institucionalizado: la figura de los *imames* inmigrados”, *Migraciones*, núm. 7, 2000, págs. 155-193.

LAKATOS, I., *Escritos filosóficos 1: La metodología de los programas de investigación científica*, Alianza Editorial, Madrid, 2002.

LARAÑA, E., “Modelos de interpretación y cuestiones de género en el estudio de las migraciones españolas”, *Revista Política y Sociedad*, núm. 12, Universidad Complutense de Madrid, 1993, págs. 121-137.

LASAGABASTER HERRARTE, I., “*Non Bis in Idem*”, en *Ley de la Potestad sancionadora vasca. Comentario sistemático*, IVAP, Bilbao, 2006.

LASAGABASTER HERRARTE, I., “Reciprocidad y derechos fundamentales: en especial el derecho de voto de los extranjeros”, *R.V.A.P.*, Nº 85, 2009, págs. 57-81.

LASAGABASTER HERRARTE, I., “Los derechos humanos en la Unión Europea: derecho positivo y vigencia práctica, deseo y realidad”, en *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y su reflejo en el ordenamiento jurídico español*, Aranzadi, Pamplona, 2014, págs. 25- 40.

LASAGABASTER HERRARTE, I. (Dir.), “Libertad de reunión y asociación”, en *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 3ª. Edición, Civitas, Pamplona, 2015, págs. 534- 589.

LASAGABASTER HERRARTE, I., “La regulación de la expulsión de extranjeros en la Ley de Seguridad Ciudadana y la prohibición de tratos inhumanos y degradantes. Breve consideración sobre la situación en la frontera de Ceuta y Melilla”, en ARRESE, Mª N. y BARBERO, I., (Eds.), *Tensiones entre las políticas de extranjería y los derechos humanos*, Tirant lo Blanch- Colección de Derechos Humanos, Valencia, 2016 págs. 117-142.

LE MONDE DIPLOMATIQUE (en español), *Atlas de las migraciones. Las rutas de la humanidad*, UNED, Madrid, 2010.

LEÓN VILLALVA, F. J., *Acumulación de Sanciones Penales y Administrativas. Sentido y Alcance del Principio Non Bis in idem*, Bosch, Barcelona, 1998.

LIROLA DELGADO, I., “El Proyecto de Reglamento de Extranjería de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Un comentario”, *Diario La Ley*, núm. 6144, 10 de diciembre 2004.

LOMNITZ, A., *Redes Sociales, cultura y poder. Ensayo de antropología latinoamericana*, Flacso, Ciudad de México, 1998.

LONGOBARDO, C., “La disciplina delle espulsioni dei cittadini extracomunitari: presidi penali e amministrativi al fenómeno dell’ immigrazione”, *Dei Delitti e Delle Pene*, anno VI, Nº 3, 1999, págs. 145- 189.

LÓPEZ BENITES, M., “El nuevo régimen jurídico de los Centros de Internamiento de Extranjeros”, *R.V.A.P.*, Núm. especial 99-100, Mayo-Diciembre 2014. Págs. 1905- - 1935

LÓPEZ DE LERA, D.; PÉREZ, A. y VILLARES, M., “Inmigración Latinoamericana en Europa”, ponencia publicada en el Encuentro “Latinos al Descubrimiento de Europa. Nuevas emigraciones y espacio para la ciudadanía”, Universidad de Génova, Génova, 2004.

LÓPEZ GARRIDO, D., “El hecho inmigratorio en Europa y la crisis del modelo de protección jurídica del asilo y el refugio”, *Jueces para la Democracia*, núm. 10, septiembre 1990, págs. 98- 128.

LOPEZ-MUÑOZ; LARRAZ, G., *El auténtico “Habeas Corpus”*, Tecnos, Madrid, 1992.

LÓPEZ ORTEGA, J., “La detención del indocumentado”, *Poder Judicial*, Nº 26, 1992, págs. 67- 98.

LLORCA BAUS, C., *Los Barcos de la emigración 1880-1950*, Edit C. LLorca, Madrid, 1992.

MALGESINI, G. (comp), *Cruzando fronteras. Migraciones en el sistema mundial*, Icaria- Fundación Hogar del Empleado, Madrid, 1998, págs. 189-264.

MALGESINI, G. “Inmigración y cooperación”, *Revista La Factoría*, núm. 6, junio-septiembre, 1998, págs. 66 - 88.

MALGESINI, G.; GIMÉNEZ, C., *Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad*, Libros de la Catarata, Madrid, 2000.

MANILI, P. L., “El ejercicio incompleto del poder constituyente y el bloque de constitucionalidad en España”, *Revista Peruana de Derecho Constitucional*, núm. 2, Lima, 2000, pág. 163 y ss.

MANZANEDA, C., “Luces y sombras del nuevo reglamento de los CIE”, *El País*, 19 de marzo de 2014, 2014.

MANZANEDO, C.; NAVARRO, A., e IZUZQUIZA, D., *Atrapados tras las rejas. Informe 2012 sobre los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE) en España*, Madrid, 2013.

MARTIN BERISTAIN, C., *Reconstruir el tejido social*, Icaria, Barcelona, 1999.

MARTIN MARTIN, G., “Una nueva visión de los derechos de los extranjeros. Comentario a la STC 236/2007, de 7 de noviembre de 2007”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 10, 2º semestre de 2007, Madrid, págs. 161-180.

MARTÍNEZ, M., “Sociologías del espacio: legado teórico y productividad Empírica”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, núm. 105- 109, 2001, págs. 127 154.

MARTÍNEZ BOTOS, C., *Medidas Cautelares*, Ed. Universidad, Buenos. Aires, 1990.

MARTÍNEZ CANO-CORTÉS, Y., “Comentarios al art. 16 de la Ley Orgánica, de 11 de enero sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social”, en SANTOLAYA MACCHETI, P. (coord.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Valladolid, 2000, págs. 137- 199.

MARTÍNEZ CUEVAS, M. A.: "La expulsión del extranjero residente y de sus familiares reagrupados en España", *Rev. Fac. Derecho Univ. Granada*, núm. 5, 2002, págs. 141-173.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., "Inmigración, Derechos Humanos y Política Criminal: ¿Hasta dónde estamos dispuestos a llegar?", *Revista In Dret*, núm. 3/2009, Barcelona, 2009, págs. 39- 66.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.; SÁNCHEZ TOMÁS, J., *En la persecución y castigo del inmigrante "sin papeles": Ilegalidad e inconstitucionalidad de determinadas prácticas policiales*, INMIGRAPENAL, Madrid, 2011.

MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (Dir.), *Mujeres en el CIE, género, inmigración e internamiento*, GAKOA, Madrid, 2013.

MARTINEZ GÓMEZ, J., "La dignidad como fundamento del respeto a la persona humana", *EUMED*, Universidad de Málaga, Málaga, febrero de 2010.

MARTÍNEZ PARDO, V., "Las privaciones de libertad de los extranjeros y el derecho de «habeas corpus»", *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana: jurisprudencia seleccionada de la Comunidad Valenciana*, núm. 18, 2006, págs. 49-75.

MARTÍNEZ PARDO, V., *Detención e internamiento de extranjeros*, Aranzadi, Navarra, 2006.

MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, J.A., "El principio non bis in idem y la subordinación de la potestad sancionadora administrativa al orden jurisdiccional penal", *Noticias Jurídicas*, 2011, <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4617-el-principio-non-bis-in-idem-y-la-subordinacion-de-la-potestad-sancionadora-administrativa-al-orden-jurisdiccional-penal/>.

MARTINEZ VEIGA, U., "Organización y percepción del espacio" en PRAT I CARÓS, J. y otros, *Antropología de los Pueblos de España*, Taurus, Madrid, 1991, págs. 367-402.

MARTINEZ VEIGA, U., *Pobreza, Segregación y Exclusión Espacial. La vivienda de los inmigrantes extranjeros en España*, Icaria, Barcelona, 1999.

MARTINEZ VEIGA, U., “La exclusión espacial y la vivienda de los inmigrantes en España”, *OFRIM*, Suplemento-7, Comunidad de Madrid, 2000.

MARTÍNEZ VEIGA, U., “Mercado de trabajo e inmigración. El trabajo doméstico como paradigma”, en CHECA, F. y otros (coords.), *Convivencia entre Culturas*, Signatura Demos, Sevilla, 2000. págs. 17-46.

MARTÍNEZ ZORRILLA, D., *Metodología jurídica y argumentación*, Marcial Pons, Madrid, 2010.

MASSEY y ARANGO et al., “Theories of International Migration: A Review and Appraisal”, *Population and Development Review*, núm. 19, 3, September 1993, págs. 401-439.

MASSEY, D. S. et al. “*Worlds in motion. Understanding International Migration at the End of the Millennium*”, Clarendon Press, Oxford, 1998.

MASSEY, D.S.; ARANGO, J.; GRAEME, H.; KOVAOCI, A.; PELLEGRINO, A., y TAYLOR, E., “Una evaluación de la teoría de la migración internacional: el caso de América del Norte”. En MASSEY, D.S. (Dir.), *Cruzando fronteras: migraciones en el sistema mundial*. Icaria- Fundación Hogar del Empleado, Barcelona, 1998, págs. 189-264.

MASSÓ GARROTE, M.F., *Los derechos políticos de los extranjeros en el Estado Nacional. Los derechos de participación política y el derecho de acceso a funciones públicas*, Colex, Madrid, 1997.

MASSÓ GARROTE, M.F., *El nuevo régimen de extranjería*, La Ley, Madrid, 2001.

MAZKARIAN, MIKEL, “Recorrido por las leyes de extranjería en España”, *Revista Mugak*, núm. 29, 2012, en <http://www.mugak.eu/revista-mugak/no-29/recorrido-por-las-leyes-de-extranjeria-en-espana>

MIAJA DE LA MUELA, A. y SELA SAMPIL, L., *Estudios de Derecho Internacional Público y Privado*, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Oviedo, Oviedo, 1970.

MODERNE, F., “Los derechos fundamentales de los extranjeros en Francia”, en BIGLINO, P., *Ciudadanía y extranjería: Derecho nacional y Derecho comparado*, McGraw – Hill, Madrid, 1997, págs. 5- 38.

MOLINA NAVARRETE, C., y MONEREO PÉREZ, J. L. (coord.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración social*, Comares, Granada, 2001.

MONEREO PÉREZ, J. L. y TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A., “Los derechos de sindicación y huelga”, en MONEREO PÉREZ, J.L., (Dir.), *Los derechos de los extranjeros en España: estudio de la Ley orgánica 2/2009, de 11 de diciembre de reforma de la Ley orgánica 4/2000*, La Ley- Walters Kluwers, Madrid, 2010.

MONTERO AROCA, J., (con GÓMEZ COLOMER, J.L., MONTÓN REDONDO, A., y BARONA VILAR, S.), *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

MORA, J. E., “La dignidad de la persona humana en la jurisprudencia constitucional española. El Primado de la persona en la moral contemporánea”, en SARMIENTO, A., *XVII Simposio Internacional de Teología de la Universidad de Navarra*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, 1997, págs. 523-541.

MORANGE, J., *Droits de l’homme et libertés publiques*, Presses Universitaires de France, París, 1985.

MORENILLA RODRÍGUEZ, J., *El Convenio Europeo de Derechos Humanos: Textos internacionales de aplicación*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1988.

MORENO CATENA, V., *El proceso penal. Doctrina y Jurisprudencia y formularios, Vol. II*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

MORTATI, C., *Istituzioni di diritto público*, CEDAM, Padua, 1969, vol. II.

MOYA, D., “La nueva directiva de retorno y la armonización comunitaria de las medidas de alejamiento de extranjeros”, *ReDCE*, Barcelona, julio-diciembre 2008.

MOYA ESCUDERO, M., “La expulsión de extranjeros del territorio nacional: dudosa garantía de los derechos fundamentales”, *La Ley*, núm. 1370, de 17 de enero de 1986, págs. 3- 21.

MOYA ESCUDERO, M. y RUEDA VALDIVIA, R.; *Régimen jurídico de los trabajadores extranjeros en España*, *La Ley*, Madrid, 2003.

MUÑOZ J., A., “Efectos de la globalización en las migraciones internacionales”, *Papeles de Población*, vol. 8, núm. 33, Universidad Autónoma de México, Toluca, julio-septiembre 2002, págs. 69- 91.

MUÑOZ SÁNCHEZ, J., *El delito de detención*, Trotta, Madrid, 1992.

NAVAJAS RAMOS, L., “La detención e internamiento de súbditos extranjeros” *Estudios del Ministerio Fiscal*, número 3, Ministerio de Justicia e Interior, 1995, págs. 134- 159.

NIETO, M. F., “Procedimiento preferente de expulsión de extranjeros. Derechos de audiencia y tutela cautelar”, *Jueces para la Democracia*, 2001, págs. 32- 51.

NOVELLINO, N. J., *Embargo y Desembargo y demás Medidas Cautelares*, 4ta. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos. Aires, 1993.

OJEDA AVILÉS, A., *Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 2003.

OLABUÉNAGA, J., *Metodología de la investigación cualitativa*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1996.

ORTEGA CARBALLO, C., *Derechos fundamentales de los extranjeros en España*, Lex Nova, Madrid, 2010.

OSO, L., *La migración hacia España de mujeres jefas de hogar*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Instituto de la Mujer, Madrid, 1998.

PALACIO, L. E., *Derecho Procesal Civil*, T. VIII, Nº 1232, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001.

PAREJO ALFONSO, L., “El contenido esencial de los derechos fundamentales en la justicia constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, 1981.

PASCUAL, A. (Dir.), *Redes sociales de apoyo. La inserción de la población extranjera*, Fundación BBVA, Bilbao, 2007.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *La Dignidad de la Persona desde la Filosofía del Derecho*, 2ª Edición, Dykinson, Madrid, 2003.

PECES MORATE, E. J., “Garantías jurisdiccionales para los extranjeros. Medidas cautelares en el proceso”, en *Reflexiones sobre la nueva ley de extranjería. Cuadernos de derecho judicial*, VIII- 2001, CGPJ, Madrid 2002, págs. 215-257.

PEDONE, C., “Tú siempre jalas a los tuyos. Cadenas y redes migratorias de las familias ecuatorianas hacia España”. *Tesis Doctoral*. Universitat Autònoma de Barcelona, 2003.

PEDRAZ PENALVA, E., “El derecho a la libertad y seguridad (Artículo 5 CEDH)”, en *Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Tecnos, Madrid, 1993, págs. 58- 99.

PÉREZ LUÑO, A., E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8ª Edición, Tecnos, Madrid, 2005.

PÉREZ SOLA, N., “La reciente jurisprudencia constitucional en materia de extranjería: Comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional relativas a la

inconstitucionalidad de la Ley Orgánica 8/2000”, *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 17,2008, págs. 33-57.

PÉREZ VERA, E. y ABARCA JUNCO, P. ,“Comentarios al art. 13 CE”, en ALZAGA VILLAMIL, O. (Dir.), *Comentarios a la Constitución de 1978*, Tomo II, arts. 10 a 23, Madrid, 1996. págs. 171 y 202.

PÉREZ SOLA, N., *La Directiva de Retorno y la involución en la Europa de los derechos*, Universidad de Jaén, Jaén, 2008.

PINYOL, G., “Cuando la xenofobia dirige la acción política”, *Documentos CIDOB*, núm. 57, 2010, págs. 56- 89.

PIORE, M.J., *Birds of Passage: migrant labor in industrial societies*, CUP, Cambridge, 1979.

PODETTI, J. R., *Derecho Procesal Civil Comercial y Laboral*, Tomo IV- Tratado de las Medidas Cautelares, Ed. Aguilar, Buenos. Aires, 1956.

POLO SABAU, J., “Libertad de creencias y orden público en la Constitución Española: claves de interpretación”, *Foro Nueva época*, vol. 15, núm. 2, 2012, págs. 213-232.

POMED SÁNCHEZ, L. “La efectividad de la tutela judicial de los extranjeros”, *Monografías de la revista aragonesa de Administración Pública, Ciudadanía e inmigración*, 2003, págs. 352 - 388.

PORTES, A. y BORÖCZ, J., “Inmigración contemporánea: perspectivas teóricas sobre sus determinantes y modos de acceso” *Revista ALFOZ*, 1992, págs.20-33.

PORTILLA CONTRERAS, O., *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Edersa, Madrid, 1990.

PRAT, J., *Antropología de los pueblos de España*, Taurus, Barcelona, 1991.

PRESNO LINERA, M. A., *Extranjeros e inmigración: Aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

QUICIOS MOLINA, M. S., “Los límites de la expulsión administrativa de extranjeros con hijos menores de edad españoles por aplicación del artículo 57.2 de la ley 4/2000, de 11 de enero. El caso de la STC 186/2013, de 4 de noviembre”, *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 28, enero-diciembre 2014. Págs. 311-354.

RAMÍREZ, A. *Migraciones, género e Islam. Mujeres marroquíes en España*, Agencia Española de Cooperación Internacional, Madrid, 1998.

RAMOS QUINTANA, M.; *El trabajo de los extranjeros en España*, Tecnos, Madrid, 1989.

RAVENSTEIN, E.G., “The Laws of Migration”, *Journal of the Royal Statistical Society*, núm. 52, págs. 1889, 241-301.

REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, (22ª edición), Madrid, 2001, <http://lema.rae.es/drae/srv/search?key=orden>.

RELAÑO PASTOR, E.: “¿Sancionar al inmigrante o proteger las fronteras?: Un análisis crítico de la Ley de extranjería 14/2003, de 20 de noviembre, y la Política de inmigración común de la Unión Europea”, *La Ley*, núm. 6017, 2004, págs. 1-8.

REQUEJO RODRIGUEZ, P., *El internamiento de extranjeros*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

RÍOS, J., SANTOS, E.; ALMEIDA, C., *Manual para la defensa de los derechos humanos de las personas encerradas en los Centros de Internamiento (CIE)*, GAKOA, Donostia, 2014.

ROCA, E., *Familia y cambio social*, Civitas, Madrid, 2016.

RODRÍGUEZ, J. L., “Las expulsiones con intervención judicial en la Ley de Extranjería”, *Cuadernos Jurídicos*, núm.28, págs. 5-15.

RODRIGUEZ BENOT A., "La situación de estancia de los extranjeros en España", en SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A. (coord.), *Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen Jurídico del extranjero en España*, Murcia, 2005, págs. 377-387.

RODRIGUEZ CANDELA, J.L. y GARCÍA ESPAÑA, E., *La devolución del extranjero*, Tirant lo Blanch, Barcelona, 2004.

RODRÍGUEZ CANDELA, J. L.," Medidas de alejamiento del territorio nacional: Denegación de Entrada, devolución y expulsión por estancia irregular", en BALADO RUIZ-GALLEGOS, M., *Inmigración, Estado y derecho*, Editorial Boch, Barcelona, 2008, págs. 468- 501.

RODRÍGUEZ CANDELA, J., "Infracciones y sanciones. Medidas de alejamiento del territorio nacional", en *Materiales de los Cursos sobre derecho de extranjería*, Junta de Andalucía, Sevilla, 2009.

RODRÍGUEZ-DRINCOURT ÁLVAREZ, J., *Los derechos políticos de los extranjeros*, Civitas, Madrid, 1997.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, M.P., "Expulsión *versus* devolución en la vigente Ley sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su integración social", *Justicia Administrativa: Revista de Derecho Administrativo*, 2003, págs. 21-52.

RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M., "El sindicato, lo sindical y las nuevas estructuras sindicales", en *Sindicatos y relaciones colectivas de trabajo*, Ilustre Colegio de Abogados de Murcia, Murcia, 1978.

RODRÍGUEZ-PIÑERO, A.A.V.V. y BRAVO-FERRER, M., "La libertad sindical en la Constitución", en RODRÍGUEZ-PIÑERO, AAVV. y BRAVO-FERRER, M. (Coord.), *Los trabajadores y la Constitución*, Madrid, 1980, págs. 67- 101.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., “Los derechos fundamentales y libertades públicas (1)”, en *Libertad, detención y prisión preventiva, en XII Jornadas de estudio*, Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1992.

RODRIGO BERCOVITZ (ed.) y RODRÍGUEZ-CANO, R., (ed.), *Manual de derecho civil: Derecho privado y derecho de la persona*, 5ª edición, S.A. Bercal, Madrid, 2011.

ROMÁN GARCÍA, F., “Los procesos de regularización de extranjeros en los Estados miembros vistos desde la Unión Europea”, *Estudios de derecho judicial*, núm. 81, Madrid, 2006.

ROOT, B. y DE JONG, G., “Family Migration in a Developing Country”, *Population Studies*, Nº 45, 1991, pág. 221-233.

RUBIO, A., “Las medidas antidiscriminatorias: entre la igualdad y el control”, en MOYA, M. (coord.), *Comentario Sistemático a la Ley de Extranjería*, Comares, Granada, 2001.

RUILOBA ALVARIÑO, J., “Procedimiento sancionador”, en ADROHER, S. ; CHARRO, P., (Coords.), *La inmigración: Derecho Español e internacional*, J.M. Bosch, Madrid, 1995, págs. 433- 556.

SAGARRA I TRIAS, E., “La actual regulación del derecho de extranjería en España”, *Revista jurídica de Cataluña*, Nº 1, 1987, págs. 189- 225.

SAGARRA I TRÍAS, E., "Un nuevo "status" de extranjero en España. (El inmigrante, irregular, empadronado, residente trabajando y con orden de expulsión)", *Revista Española de Derecho Migratorio y Extranjería*, núm. 1, noviembre 2002, págs. 89-97.

SAGARRA I TRÍAS, E., *La legislación sobre extranjería e inmigración: Una lectura*, Universitat de Barcelona, Barcelona, 2002.

SAIZ ARNAIZ, A., *La apertura constitucional al Derecho internacional y europeo de los derechos humanos. El artículo 10.2 de la Constitución española*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999.

SALA FRANCO, T. y ALBIOL MONTESINOS, I., *Derecho Sindical*, Tiran Lo Blanch, Valencia. 2003.

SALAS MINOR, E., “Debate sobre la utilidad de la metodología jurídica: una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la teoría del derecho”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 12, 2009, págs. 205-231.

SALIDO VALLE, C., *La detención policial*, Bosch, Barcelona, 1997.

SALINAS MOLINA, F., “El régimen de extranjería: Principios básicos de su normativa orgánica”, *Cuadernos de Derecho Judicial*, CGPJ, 2002, págs. 89- 132.

SALVADOR, R. “La expulsión del extranjero como castigo penal”, *Revista Internacional de Estudios Migratorios*, vol. 2, 2012, págs. 93- 116.

SÁNCHEZ ALONSO, B., *Las causas de la emigración española, 1880-1930*, Alianza Editorial, Madrid, 1995.

SÁNCHEZ BRINGAS, E., *Derecho Constitucional*, 4ª edición, Porrúa, México, 1999.

SÁNCHEZ FERNÁNDEZ, A., “Inmigración y derechos humanos en la UE. Análisis de la Directiva 2008/115/CE”, *Persona y Derecho*, Vol 68- I, Madrid, 2013.

SÁNCHEZ JIMÉNEZ, Mª A. (coord.), *Derecho de Extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del Régimen Jurídico del extranjero en España*, DM, Murcia, 2005.

SÁNCHEZ ZORRILLA, M., “La Metodología en la Investigación Jurídica- Características peculiares y pautas generales para investigar en el derecho”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 14, Lima, 2011, págs. 317-358.

SANTAMARÍA, R., “Prohibición de discriminación”, en LASAGABASTER HERRARTE, I., (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, Civitas, 3ª. Edición, Pamplona, 2015, pág. 698- 732.

SANTAMARÍA R.; BOLAÑO P. M., “Prohibición de la tortura”, en LASAGABASTER HERRARTE, I., (Dir.), *Convenio Europeo de Derechos Humanos. Comentario sistemático*, 3ª. Edición, Civitas, Pamplona, 2015; pág. 34- 69.

SANTAMARÍA RODRÍGUEZ, J., *Régimen de entrada y salida del territorio español*, Madrid, 2012.

SANTOLAYA MACCHETTI, P. (Coord.), *Comentarios a la Nueva Ley de Extranjería*, Lex Nova, 2000.

SAPAG, M., “El principio de proporcionalidad y el de razonabilidad como límite constitucional al poder del Estado: Un estudio comparado “, *Dikaion*, núm. 17, 2008, págs. 157-198.

SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, *El sistema penitenciario español*, Madrid, 2010.

SEMPERE RODRÍGUEZ, C., “Comentarios al art. 18 CE: Derecho al Honor, a la intimidad y a la propia imagen”, en ALZAGA VILLAMIL, O, (Dir.), *Comentarios a la Constitución de 1978*, Tomo II, arts. 10 a 23, Edersa, Madrid, 1996.

SERRANO ALBERCA, J.M., “Estudio sobre el artículo 17 CE”, en GARRIDO FALLA, F. (Dir.), *Comentarios a la Constitución*, Tecnos, Madrid, 1985.

SERRANO RODRÍGUEZ, J.A.y HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, M.A., “Comentarios a la nueva regulación de la inmigración en España”, *Revista Electrónica de Geografía y Ciencias Sociales*, Universidad de Barcelona, Nº 94 (40), 1 de agosto de 2001, <http://www.ub.edu/geocrit/sn-94-40.htm>.

SILVEIRA GORSKI, H., C., *Los Centros de Internamiento de Extranjeros y el futuro del Estado de derecho*, U. de Barcelona, Barcelona, 2002.

SILVESTRE, J., “Aproximaciones teóricas a los movimientos migratorios contemporáneos: Un estado de la cuestión”, *Historia Agraria*, núm. 21, 2000, págs. 157-192.

SORIANO, R., “El derecho de habeas corpus”, *Monografías núm. 6*, Congreso de los Diputados, 1980.

SORIANO DÍAZ, R., “El art. 21, Derecho de reunión”, en ALZAGA VILLAAMIL, O. (Dir), *Comentarios a la Constitución española de 1978*, T.II, Tecnos, Madrid, 1997, págs. 238- 289.

SPAEMANN, R., “Sobre el concepto de dignidad humana. Persona y derecho”, *Revista de fundamentación de las Instituciones Jurídicas y de Derechos Humanos*, núm. 19, Madrid, 1988, págs. 13-33.

TAYLOR, J. y R. BOGMAN, *Introducción a los métodos cualitativos en investigación*, Barcelona, Paidós, 1986.

TAYLOR, J., “Differential migration, networks, information and risks” en ODEN STORK , F. (ed.) *Research in Human Capital and Development*, Vol. 4, Migration, Human Capital and Development, JAI Press, Greenwich,1986.

TEIXEIRA RODRÍGUEZ, X., “Derechos de los extranjeros detenidos o internados en los procedimientos administrativos de retorno, expulsión y devolución”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Ourense*, 2005, 1, págs. 727-750.

TERRADILLOS, J. M., “Inmigración, mafias y Sistema Penal. La estructura y la Pátina”, en RUIZ, L.R., *Sistema Penal y Exclusión de Extranjeros*, Bosch, Madrid, 2006, pág. 35- 61.

THOMAS, W., “Fundamentos de los Derechos del Hombre y el Principio Rector del Bien Común”, en <http://www.catolicos.com/socialdoc12.htm>, 2013.

THOMAS ANDREU, G., “*La intervención del Juez Penal en el internamiento preventivo de extranjero. La autorización judicial para expulsar extranjeros encartados en determinados delitos y la expulsión como sustitutiva en cumplimiento de penas impuestas en sentencia*”, “*Extranjeros*”- *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 37, CGPJ, Madrid, 1994, págs. 71- 99.

TIZÓN GARCÍA, J. L. et al. *Migraciones y Salud Mental*, Promociones y publicaciones Universitarias PPU, Barcelona, 1993

TODARO, M.P., *International migration in developing countries*, University of Chicago Press, Chicago, 1976.

TOLOSA TRIBIÑO, C., “La entrada ilegal en España: Su tratamiento jurídico tras el Reglamento de la Ley de Extranjería”, *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 512, de 13 de diciembre 2001, págs. 57- 78.

TOMÉ GARCÍA, J. A., *Intervención de juez penal en la expulsión de extranjeros*, Colex, Madrid, 2006.

TOMÉ GARCÍA, J. A., *Internamiento preventivo de extranjeros conforme al nuevo reglamento de los CIE*, Colex, Madrid, 2014.

TORNOS, A., *Humanismos y Teorías de las Migraciones*, Aula de Teología, Santander, 2006.

TORRES PÉREZ, F., “Intervención social e inmigración, Integración, modelos de intervención y servicios sociales”, *Colección Servicios Sociales*, Serie Debate Nº 6 DGSS, Logroño, 2001, págs. 23- 56.

TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., “Sanción penal-sanción administrativa: el principio non bis in idem en la Jurisprudencia”, *Poder Judicial*, núm. 22, Madrid, 1991.

TRIGUERO MARTÍNEZ, L. A.; *El estatuto jurídico laboral del trabajador extranjero inmigrante*, Bomarzo, Madrid, 2008.

TRUYOL y SERRA, A., *Los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1984.

VALDUEZA BLANCO, M. D., *El tratamiento jurídico de los extranjeros en España*, Lex Nova, Valladolid, 2008.

VARONA MARTÍNEZ, G., *La inmigración irregular. Derechos y deberes humanos*, Aranzadi, Vitoria, 1994,

VENTURA, C., “El derecho a la libertad y a la seguridad personal en la doctrina constitucional española”, *Revista Estudios Jurídicos Constitucionales*, Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

VERÓN, E., *La semiosis Social: Fragmentos de una Teoría de la discursividad*, Gedisa, Barcelona, 1996.

VIDAL FUEYO, C., “La nueva Ley de Extranjería a la luz del texto constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 62, año 21, mayo- agosto 2001, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2001, págs. 179- 218.

VIDAL FUEYO, C., “La jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de derechos fundamentales de los extranjeros a la luz de la STC 236/2007”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 85, año 29, ene- ab 2009, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009, págs. 353-379.

VILLÁN DURÁN, C.: "La protección internacional de los derechos humanos: el sistema universal y su vigencia en España", *Humana Iura*, núm. 10, 2000, págs. 61-110.

VILLANUEVA MENÉNDEZ, I. y PRESNO LINERA, M. (coord.), *Extranjeros e inmigración: Aspectos jurídicos y socio económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, A., I., “El régimen jurídico-constitucional de la detención e internamiento de los extranjeros con ocasión de su expulsión del Estado”, en PRESNO LINERA, M. A. (coord.), *Extranjería e inmigración: aspectos jurídicos y socio económicos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 147- 197.

VILLEGAS P., E.,; “La prisión preventiva en la agenda judicial para la seguridad ciudadana: Entre el garantismo y la eficacia de la persecución penal”, *Derecho y Cambio Social*, Lima, 2005, págs. 78 -102.

WALLERSTEIN, I., *El moderno sistema mundial*, Siglo XXI, Madrid, 1979.

WALLERSTEIN, I., “Universalismo, racismo y sexismo, tensiones ideológicas del capitalismo”, en BALI BAR, E., y WALLERSTEIN, I., *Raza, nación y clase*, Siglo XXI, Madrid, 1991, págs. 49- 62.

WILLIAMS, T., “Fundamentos de los Derechos del Hombre y el Principio Rector del Bien Común”, <http://www.catolicos.com/socialdoc12.htm>

ZLOTNIK, V., “Empirical Identification of international migration systems”, en KRITZ, LIN y

ZLOTNIC (eds.), *International Migration Systems*, C. Terendom Press, Oxford, 1992, págs 34- 67.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., “El tipo penal de tortura en la legislación española, a la luz de la jurisprudencia nacional e internacional”, *UNIVERSITAS VITAE homenaje a Ruperto Núñez Barbero*, Universidad de Salamanca, 2014, págs. 898- 945.

INFORMES CONSULTADOS

AGENCIA EUROPEA PARA LA GESTIÓN DE LA COOPERACIÓN OPERATIVA EN LAS FRONTERAS EXTERIORES DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA- FRONTEX, Informe General de 2010, Varsovia, 2011.

AGENCIA EUROPEA PARA LA GESTIÓN DE LA COOPERACIÓN OPERATIVA EN LAS FRONTERAS EXTERIORES DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA- FRONTEX, Informe General de 2011, Varsovia, 2012.

AGENCIA EUROPEA PARA LA GESTIÓN DE LA COOPERACIÓN OPERATIVA EN LAS FRONTERAS EXTERIORES DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA- FRONTEX, Informe General de 2012, Varsovia, 2013.

AGENCIA EUROPEA PARA LA GESTIÓN DE LA COOPERACIÓN OPERATIVA EN LAS FRONTERAS EXTERIORES DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA- FRONTEX, Informe General de 2013, Varsovia, 2014.

AGENCIA EUROPEA PARA LA GESTIÓN DE LA COOPERACIÓN OPERATIVA EN LAS FRONTERAS EXTERIORES DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA- FRONTEX, Informe General de 2014, Varsovia, 2015.

AGENCIA EUROPEA PARA LA GESTIÓN DE LA COOPERACIÓN OPERATIVA EN LAS FRONTERAS EXTERIORES DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA- FRONTEX, Informe General de 2015, Varsovia, 2016.

AGENCIA EUROPEA PARA LA GESTIÓN DE LA COOPERACIÓN OPERATIVA EN LAS FRONTERAS EXTERIORES DE LOS ESTADOS MIEMBROS DE LA UNIÓN EUROPEA- FRONTEX, *Informe General de 2016*, Varsovia, 2017.

AMNISTÍA INTERNACIONAL, Informe: “*Hay alternativas: no a la detención de personas inmigrantes. Comentarios al borrador del Gobierno sobre el Reglamento de los Centros de Internamiento de Extranjeros*”, Madrid, febrero de 2013.

AMNISTÍA INTERNACIONAL, *El Estado de los Derechos Humanos en el mundo. Informe 2011*, Madrid, 2012.

AMNISTIA INTERNACIONAL, *El Estado de los Derechos Humanos en el mundo*, Informe 2013, Madrid, 2014.

AMNISTÍA INTERNACIONAL, *Informe: “Hay alternativas: no a la detención de personas inmigrantes. Comentarios al borrador del Gobierno sobre el Reglamento de los Centros de Internamiento de Extranjeros”*, Madrid, febrero de 2013

ASAMBLEA PARLAMENTARIA DEL CONSEJO DE EUROPA, *Human rights of irregular migrants*, Resolución 1509, del 27 de junio de 2006.

ASOCIACIÓN PERMANENTE POR LOS DERECHOS HUMANOS DE ANDALUCÍA, *Informe Centros de Internamiento y retención en España*, Madrid: Área de Inmigración de la APDHA, 2008.

CENTRO DE DEFENSA Y ESTUDIO DE LOS DERECHOS HUMANOS, *Informe sobre las personas inmigrantes con orden de expulsión que no puede ser ejecutada. Alternativas para salir del callejón*, Madrid, 2006.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 40 del Pacto- Proyecto de Observaciones Finales*, Washington, 2008.

COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS DE LA ONU, *Observaciones finales sobre el sexto informe periódico de España*, Washington, 2015.

COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN RACIAL DE LA ONU, *Examen de los informes presentados por los Estados partes de conformidad con el artículo 9 de la Convención*, 78º período de sesiones del 14 de febrero a 11 de marzo de 2011, 2011.

COMITÉ EUROPEO DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA, *Informe al gobierno español sobre la visita a España realizada por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (CPT)*, 18- 22 de junio de 2012, Estrasburgo, 2013.

COMITÉ EUROPEO DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA, *Informe al gobierno español sobre la visita a España realizada por el Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes (CPT)*, 14 al 18 de julio 2014, Estrasburgo, 2015 .

CONSEJO DE ESTADO DE ESPAÑA, *Dictamen del Consejo de Estado de 13 de febrero de 2014 – Expediente Nº: 1292/2013-INTERIOR*, <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2013-1292>.

CONVIVIR SIN RACISMO, *Informe sobre la situación del Centro de Internamiento para Extranjeros de Murcia*, Murcia, 2015.

COUNCIL OF EUROPE, *Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT)*, from 31 may to 12 july 2011, 2013.

COUNCIL OF EUROPE, *Report to the Spanish Government on the visit to Spain carried out by the European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT)*, from 14 to 18 july 2014, 2015.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 1999 y Debate en las Cortes Generales*, Madrid, 2000.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2000 y Debate en las Cortes Generales*, Madrid, 2001.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2001 y Debate en las Cortes Generales*, Madrid, 2002.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2002 y Debate en las Cortes Generales*, Madrid, 2003.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2003 y Debate en las Cortes Generales*, Madrid, 2004.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2004 y Debate en las Cortes Generales*, Madrid, 2005.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2005 y Debate en las Cortes Generales*, Madrid, 2006.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2006 y Debate en las Cortes Generales*, Madrid, 2007.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2007 y Debate en las Cortes Generales*, Madrid, 2008.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2008 y Debate en las Cortes Generales*, Madrid, 2009.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2009 y Debate en las Cortes Generales*, Madrid, 2010.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2010 y Debate en las Cortes Generales*, Madrid, 2011.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2011 y Debate en las Cortes Generales*, Madrid, 2012.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2012 y Debate en las Cortes Generales*, Madrid 2013.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2013 y Debate en las Cortes Generales*, Madrid 2014.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2014 y Debate en las Cortes Generales*”, Madrid 2015.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2015 y Debate en las Cortes Generales*, Madrid 2016.

DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe anual 2016 y Debate en las Cortes Generales*, Madrid 2017.

DIRECCIÓN GENERAL DE RELACIONES INTERNACIONALES Y EXTRANJERÍA- MINISTERIO DEL INTERIOR DE ESPAÑA, *Comunicación oficial dirigida al CPT de fecha 27 de febrero de 2015*.

EDUCATION, AUDIOVISUAL AND CULTURE EXECUTIVE AGENCY- EACEA, *At The Limen- Implementation of the return directive in Italy, Cyprus and Spain*, Digitalbruck, Germany, 2013.

FERROCARRIL CLANDESTINO, MÉDICOS MUNDO y SOS RACISMO, *Voces desde y contra los Centros de Internamiento de Extranjeros*, Madrid, <http://www.vocescontraelmuro.tk/>, 2009.

FISCAL GENERAL DEL ESTADO ESPAÑOL, *Memoria del año 2009 elevada al Gobierno de S.M., al inicio del año judicial*, Madrid, 2010.

FISCAL GENERAL DEL ESTADO ESPAÑOL, *Memoria del año 2010 elevada al Gobierno de S.M., al inicio del año judicial*, Madrid, 2011.

FISCAL GENERAL DEL ESTADO ESPAÑOL, *Memoria del año 2011 elevada al Gobierno de S.M., al inicio del año judicial*, Madrid, 2012.

FISCAL GENERAL DEL ESTADO ESPAÑOL, *Memoria del año 2012 elevada al Gobierno de S.M., al inicio del año judicial*, Madrid, 2013.

FISCAL GENERAL DEL ESTADO ESPAÑOL, *Memoria del año 2013 elevada al Gobierno de S.M., al inicio del año judicial*, Madrid, 2014.

FISCAL GENERAL DEL ESTADO ESPAÑOL, *Memoria del año 2014 elevada al Gobierno de S.M., al inicio del año judicial*, Madrid, 2015.

FISCAL GENERAL DEL ESTADO ESPAÑOL, *Memoria del año 2015 elevada al Gobierno de S.M., al inicio del año judicial*, Madrid, 2016.

FISCAL GENERAL DEL ESTADO ESPAÑOL, *Memoria del año 2016 elevada al Gobierno de S.M., al inicio del año judicial*, Madrid, 2017.

GIL ROBLES, D. Álvaro., *Informe del Comisario para los derechos humanos del Consejo de Europa con ocasión de la visita realizada a España del 10 al 19 de marzo de 2005*, <https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?p=&id=986065&Site=COE&direct=true>, fecha de consulta 10/03/2013.

HURI AGE, CONSOLIDER INGENIO 2010, “Los centros de internamiento de extranjeros en el sistema español”, en *Informe el Tiempo de los derechos*, Nº 32, Universidad Carlos III, 2013.

LA VOZ DE GALICIA, “Barajas el mayor centro de internamiento de extranjeros”, 31 de enero de 2004.

MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA, DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe Anual 2009*, Madrid, 2010.

MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA, DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe Anual 2010*, Madrid, 2011.

MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA, DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe Anual 2011*, Madrid, 2012.

MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA, DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe Anual 2012*, Madrid, 2013.

MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA, DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe Anual 2013*, Madrid, 2014.

MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA, DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe Anual 2014*, Madrid, 2015.

MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA, DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe Anual 2015*, Madrid, 2016.

MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA, DEFENSOR DEL PUEBLO, *Informe Anual 2016*, Madrid, 2017.

MIGREUROP, *CIE Derechos Vulnerados*, Madrid, 2011.

MIGREUROP, *Campaña de visitas parlamentarias por un derecho de fiscalización sobre los lugares de confinamiento de extranjeros -del 7 al 31 de marzo 2011. Conclusiones generales de la campaña y resúmenes de cada visita*, Madrid, 2011.

MIGREUROP, *Mapa de los Campos*, Quinta Edición, 2013, <http://www.migreurop.org/article2490.html?lang=fr>.

MUNDIARIO, “Nueva tragedia al naufragar otra barcaza de inmigrantes frente a Lampedusa”, 12/10/2013, <http://www.mundiario.com/articulo/a-fondo/nueva-tragedia-naufragar-otra-barcaza-inmigrantes-frente-lampedusa/20131012014921011282.html>.

OBSERVATORI DEL SISTEMA PENAL I ELS DRETS HUMANS, *Primer informe sobre los procedimientos administrativos de detención, internamiento y expulsión de extranjeros en Cataluña*, UNIVERSITAT DE BARCELONA, Barcelona, Octubre de 2003.

OBSERVATORIO DEL SISTEMA PENAL Y LOS DERECHOS HUMANOS, *Imagen mediática y opinión pública sobre la inmigración en España y Catalunya durante el último proceso extraordinario de regularización de inmigrantes*, OSPDH Universitat de Barcelona, Barcelona, 2006.

ONU, *Examen de los informes presentados por los Estados Partes con arreglo al artículo 40 del pacto*, Washington, 2008,

ONU, *Doc. HRI/GEN/I Rev. 9* (Vol. II), de 27 de mayo de 2008.

ONU, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria*, doc. A/HRC/13/30, de 18 de enero de 2010, párrafos 56 y 58.

PARLAMENTO EUROPEO, COMISIÓN DE LIBERTADES CIVILES, JUSTICIA Y ASUNTOS DE INTERIOR, *Informe de la Delegación de la Comisión LIBE sobre la visita a Tenerife y Fuerteventura (ES)*, Ponente: Sra. Jean LAMBERT, Bruselas, 2006.

PEREZ – SALES, P., *Situación de los Centros de Internamiento para extranjeros en España*, Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) en el marco del estudio europeo DEVAS, Madrid, 2009.

PLATAFORMA DE SOLIDARIDAD CON LOS INMIGRANTES DE MÁLAGA, *Centros de Internamiento de Extranjeros, cárceles encubiertas*, Madrid, 2008.

PUEBLOS UNIDOS -FUNDACION SAN JUAN DEL CASTILLO, *Los Centros de Internamiento para Extranjeros. El CIE de Madrid*, Madrid, 2008.

PUEBLOS UNIDOS -FUNDACION SAN JUAN DEL CASTILLO, *100 ventanas a 5000 vidas frustradas*, Madrid, 2010.

PUEBLOS UNIDOS- FUNDACION SAN JUAN DEL CASTILLO, *Miradas tras las Rejas*, Madrid, 2011.

PUEBLOS UNIDOS- FUNDACION SAN JUAN DEL CASTILLO, *Atrapados tras las rejas*. Informe 2012 sobre los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE) en España, Madrid, marzo de 2013.

PUEBLOS UNIDOS- FUNDACION SAN JUAN DEL CASTILLO, *Criminalizados, internados, expulsados*, Madrid, marzo de 2014.

PUEBLOS UNIDOS- FUNDACIÓN SAN JUAN DEL CASTILLO, *Situación actual de los Centros de Extranjeros en España y su adecuación al marco legal vigente*, Informe elaborado por las Clínicas Jurídicas de ICADE (Universidad Pontificia Comillas), PER LA JUSTÍCIA SOCIAL (Universidad de Valencia), DRET AL DRET (Universidad de Barcelona) y el Observatorio de Derechos Humanos (Universidad de Valladolid), Madrid, 2015.

RELATORA ESPECIAL DE LA ONU, *Informe especial de la visita a España*, Washington, 2004.

SECRETARÍA GENERAL DE INSTITUCIONES PENITENCIARIAS, *El sistema penitenciario español*, Madrid, 2010, pág. 18.

SOS RACISMO, *Informe anual 2007 sobre el racismo en el Estado Español*, Icaria Editorial, Barcelona, 2007.

SOS RACISMO, *Informe anual 2012 sobre el racismo en el Estado Español*, GAKOA Editorial, San Sebastián, 2012.

VAN BOVEN, T., *Informe del Relator Especial sobre la cuestión de la Tortura, Trato Cruel o Inhumano*, E/CN.4/2004/56, Washington, 2004.

WOMEN'S LINK WORLDWIDE, *Mujeres en los centros de internamiento de extranjeros (CIE). Realidades entre rejas*, Madrid, 2012.

RELACIÓN DE CUADROS ESTADÍSTICOS Y GRÁFICOS

I. Cuadros Estadísticos:

Cuadro N°1: Matices de la detención de extranjeros

Cuadro N° 2: Cifras medias de ocupación

Cuadro N° 3: Número de detenciones por año

Cuadro N° 4: Número de detenciones por año e internamientos

Cuadro N° 5: Informes favorables del Ministerio Fiscal 2009-2010

Cuadro N° 6: Informes favorables del Ministerio Fiscal 2011-2015

Cuadro N° 7: Expulsiones por CIE 2009

Cuadro N° 8: Total internados. Hombres y mujeres 2009

Cuadro N° 9: Exceso de plazo 2009

Cuadro N° 10: Expulsiones por CIE 2011

Cuadro N° 11: Total internados. Hombres y mujeres 2011

Cuadro N°12: Expulsiones por CIE 2012

Cuadro N° 13: Total internados. Hombres y mujeres 2012

Cuadro N°14: Expulsiones por CIE 2013

Cuadro N° 15: Total internados. Hombres y mujeres 2013

Cuadro N°16: Expulsiones por CIE 2014

Cuadro N° 17: Total internados. Hombres y mujeres 2014

Cuadro N°18: Expulsiones por CIE 2015

Cuadro N° 19: Total internados. Hombres y mujeres 2015

Cuadro N°20: Expulsiones por CIE 2016

Cuadro N° 21: Expedientes iniciados, resueltos y devoluciones 2015

Cuadro N° 22: Número de Expulsiones en el año 2015

Cuadro N° 23: CIE y Centro Penitenciario Ordinario de Preventivos

Cuadro N° 24: Problemas detectados en los CIE-vulneración de derechos

II. Gráficos:

Gráfico N° 1: Porcentaje de expulsiones 2009

Gráfico N° 2: Distribución de reclusos por sexo 2009

Gráfico N° 3: Porcentaje de expulsiones 2011

Gráfico N° 4: Distribución de reclusos por sexo 2011

Gráfico N° 5: Porcentaje de expulsiones 2012

Gráfico N° 6: Distribución de reclusos por sexo 2012

Gráfico N° 7: Porcentaje de expulsiones 2013

Gráfico N° 8: Distribución de reclusos por sexo 2013

Gráfico N° 9: Porcentaje de expulsiones 2014

Gráfico N° 10: Distribución de reclusos por sexo 2014

Gráfico N° 11: Porcentaje de expulsiones 2015

Gráfico N° 12: Distribución de reclusos por sexo 2015

Gráfico N° 13: Porcentaje de expulsiones 2016

Gráfico N°14: Internados en CIE por infracción penal año 2012