



DETENCIÓN, INTERNAMIENTO Y EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA de personas extranjeras

Margarita Martínez Escamilla
(Coordinadora)
I+D+i Iusmigrante

DETENCIÓN, INTERNAMIENTO Y EXPULSIÓN ADMINISTRATIVA DE PERSONAS EXTRANJERAS

Se enmarca en el Proyecto I+D+i *Iusmigrante* (Iusponiendi e inmigración irregular) (DER 2011-26449), concedido por el Ministerio de Ciencia y Competitividad Madrid, 2015.

Los trabajos que integran este libro han sido publicados por el Consejo General del Poder Judicial en la colección *Cuadernos Digitales de Formación*.
El CGPJ ha autorizado a sus autores la ulterior publicación de estos trabajos.

© Fotografía de portada: Olmo Calvo y Eduardo León

ISBN: 978-84-608-4268-2

ÍNDICE

PRESENTACIÓN Margarita Martínez Escamilla	21
PREFACIO Álvaro Cuesta Martínez y Concepción Sáez Rodríguez	23

PRIMERA PARTE ENCUADRE FÁCTICO Y NORMATIVO

Detención, internamiento y expulsión de ciudadanos extranjeros en situación irregular. Las funciones del juez de Instrucción. Margarita Martínez Escamilla.....	29
I. Introducción.....	30
II. Medidas de repatriación: retorno, rechazo en frontera, devolución y expulsión.....	32
1. Retorno.....	33
2. Rechazo en frontera	34
3. Devoluciones.....	34
A) Devolución por infracción de la prohibición de entrada (art.58.3.a) LOEx).....	34
B) Devolución por intentar entrar ilegalmente al país (art.58.3.b) LOEx).....	35
4. Expulsiones por infracciones administrativas. Especial incidencia de la infracción “por encontrarse irregularmente en territorio español” ..	35
5. Expulsiones de personas imputadas o procesadas penalmente.....	36
6. Expulsión por antecedentes penales.....	37
III. El juez de instrucción como juez de control de los centros de internamiento	38
IV. La autorización de internamiento.....	42
V. Las denominadas “expulsiones exprés”	48
VI. A modo de conclusión.....	52
 Detención, internamiento y expulsión de ciudadanos extranjeros en situación irregular. Marco comunitario e internacional. José Miguel Sánchez Tomás.....	 55
I. Introducción.....	55

II.	Aspectos relevantes para el internamiento vinculados a la (i)legalidad de la previa privación de libertad.....	57
1.	La (i)legalidad del control de identidad:.....	59
A)	La base jurídica de los requerimientos de identificación en la legislación de seguridad ciudadana.....	60
B)	El uso del perfil racial.....	62
2.	La (i)legalidad de las conducciones a Comisaría	66
3.	La ilegalidad de los requerimientos fraudulentos de personación en Comisaría	70
III.	Aspectos relevantes para el internamiento vinculados a la posibilidad jurídica de ejecutar la expulsión.....	71
1.	El principio de no devolución	74
2.	El respeto al derecho a la intimidad familiar y personal (art. 8.1 CEDH).....	75
IV.	Conclusiones	79

Preocupaciones del Defensor del Pueblo en relación con la detención, internamiento y expulsión de ciudadanos extranjeros. Eugenia Relaño

Pastor	81	
I.	Defensor del Pueblo: más allá de una magistratura de persuasión.....	82
II.	Las resoluciones del Defensor del Pueblo: una aclaración práctica.	86
III.	Antecedentes destacables en materia de detenciones, expulsiones y Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE).	90
1.	Asistencia jurídica a extranjeros.....	91
2.	Representación del letrado en procedimientos judiciales de extranjería	92
3.	Medidas cautelarísimas	92
4.	Expulsiones.....	93
5.	Centros de Internamiento de Extranjeros	94
IV.	Privación de libertad: detención de extranjeros y controles de identificación racial.....	96
1.	Controles de identificación racial y detenciones.....	96
2.	Centros de primera asistencia y detención de extranjeros.	103
3.	Breve mención sobre la detención de extranjeros en las salas de asilo y rechazo del Aeropuerto de Madrid-Barajas.	104
V.	Expulsiones	105
1.	Tramitación de los procedimientos sancionadores de expulsión.	106
2.	Ejecución de las expulsiones.	109
3.	Expulsiones y malos tratos policiales.....	111
4.	Expulsiones de ciudadanos con expediente matrimonial en trámite	113

5.	Expediente sancionador a cónyuges de ciudadanos españoles.	115
6.	Expulsión de residentes de larga duración que han cumplido condena superior a un año	117
7.	Coordinación entre instancias judiciales y organismos que resuelven y ejecutan las expulsiones.	117
8.	Atención y protección a víctimas de violencia de género en situación irregular	119
9.	Expulsiones de víctimas de trata.....	119
10.	Otras resoluciones destacables en materia de expulsiones.....	120
VI.	Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE).	123

SEGUNDA PARTE: LAS “EXPULSIONES EXPRÉS”

	La ejecución forzosa de las órdenes de la expulsión mediante detención, privación de libertad e inmediata expulsión: la necesaria habilitación previa mediante acto administrativo dictado de conformidad con el principio de proporcionalidad. José Alberto Navarro Manich.....	139
I.	Introducción.....	140
II.	El primer presupuesto necesario para la ejecución forzosa: existencia de una orden de expulsión dictada por la administración general del estado ..	141
III.	La detención, privación de libertad durante un plazo máximo de 72 horas, y efectiva expulsión como un medio de ejecución forzosa de las órdenes de expulsión.	143
IV.	La necesidad de un acto administrativo específico que habilite la ejecución forzosa de la orden de expulsión. la motivación del medio de ejecución forzosa de conformidad con el principio de proporcionalidad.	144
	1. La necesidad de un acto administrativo específico que acuerde y habilite la ejecución forzosa de la orden de expulsión	144
	2. La necesidad de apercibimiento previo	146
	3. El Derecho de la Unión Europea y el Derecho nacional exigen la justificación del medio de ejecución forzosa elegido de conformidad con el principio de proporcionalidad.	146
V.	El acto administrativo específico que acuerde la ejecución forzosa de la orden de expulsión como garantía de los derechos de los extranjeros.....	149

VI.	La revisión jurisdiccional de las detenciones, privaciones de libertad durante el plazo máximo de 72 horas, y la efectiva expulsión, como medio de ejecución forzosa de la orden de expulsión.	151
1.	La revisión por la jurisdicción contencioso-administrativa	151
	A) Inexistencia de resolución específica que acuerde la ejecución forzosa de la orden de expulsión, de conformidad con el artículo 92 de la Ley 30/1992.....	152
	B) Existencia de resolución específica que acuerde la ejecución forzosa de la orden de expulsión	153
2.	La revisión por Juzgados de Instrucción.....	152
VII.	Valoración final	155

”Expulsiones exprés” Garantías en una práctica extendida. José María

Trillo Figueroa	157
I.	Introducción	157
1.	Esta práctica se ha configurado como un método más eficaz.	158
2.	En muchas zonas se realiza sin las debidas garantías.	158
3.	Se realizan sin valorar las circunstancias particulares de los afectados que han podido sobrevenir a la expulsión.	159
4.	Respecto a la utilización ocasional de reclamos o engaños.	161
5.	Afectan en especial a personas con expulsión por mera estancia irregular.	162
6.	A diferencia del internamiento, la expulsión desde comisaría elude en la mayoría de supuestos el control judicial.....	162

TERCERA PARTE:

LA AUTORIZACIÓN DEL INTERNAMIENTO.

LA AUTORIZACIÓN DE EXPULSIÓN PREVISTA EN EL ART. 57.7 LOEx

La autorización del internamiento: principios rectores. José Antonio Tomé

García	165
I.	Introducción	165
II.	Características generales.	166
1.	Instrumentalidad.....	166
2.	Proporcionalidad y excepcionalidad.....	167
3.	Provisionalidad o temporalidad	168
4.	Carácter jurisdiccional.....	168

III.	Presupuestos generales	169
1.	“Fumus boni iuris”	169
2.	“Periculum in mora”	173
A)	Riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio	174
B)	Riesgo de incomparecencia por carecer de documentación identificativa	175
C)	Las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión.....	175
D)	La existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes	176
E)	Enfermedad grave del extranjero.....	176
F)	Otras circunstancias	176
IV.	Procedimiento	177

Autorización de expulsión prevista en el Art. 57.7 LOEx. José Antonio Tomé

García	183
I.	Cuestiones generales	183
1.	Regulación	183
2.	Fundamento	184
II.	Requisitos.....	187
1.	Que el extranjero “se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial	187
2.	Que el procedimiento judicial en el que el extranjero se encuentra imputado ha de ser “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”.....	191
3.	Que no se trate de delitos tipificados en los arts. 312.1º, 313.1º y 318 bis del Código Penal.....	192
4.	Que en el expediente administrativo de expulsión conste acreditado que el extranjero se encuentra en la situación señalada anteriormente	192
5.	Que en dicho expediente se haya acordado la expulsión del extranjero.....	194
6.	Que no concurran circunstancias que justifiquen denegar la autorización.....	195
III.	Procedimiento	198
1.	Legitimación.....	198
2.	Competencia.....	199
3.	Sustanciación.....	199

4.	Resolución	201
5.	Recursos	201
IV.	Efectos que produce la concesión o denegación de la autorización de expulsión en el proceso penal.	202

El juez de instrucción y la autorización del internamiento en CIE.

Mención a la autorización de expulsión prevista en el Art. 57.7 LOEx.

	María Victoria Rosell Aguilar	205
I.	Autorización del internamiento.....	205
1.	Fuentes normativas.	206
2.	Quién y cuándo autoriza el internamiento en CIE.....	208
3.	Cómo: solicitud, procedimiento y resolución	211
4.	Por qué: motivos que justifican el internamiento en CIE.....	213
5.	A quién puede internarse en los CIE y a quién no	218
	A) Menores de edad.....	219
	B) Otros casos	222
6.	Dónde	225
II.	Una mención a la autorización de expulsión del art.57.7. LOEx	226

El fiscal ante la solicitud de internamiento y el Art. 57.7 de la LOEx.

	Criterios de actuación. Patricia Fernández Olalla	235
I.	Introducción.....	235
II.	Pautas de actuación del ministerio fiscal	237
1.	Examen de la solicitud de internamiento.	237
2.	El juicio de proporcionalidad y el arraigo.....	239
	A) El juicio de proporcionalidad.....	239
	B) El Arraigo.....	240
III.	Procedimiento	243
IV.	Cese del internamiento.	244
V.	Anexo 1. extracto de la comunicación de Santiago Herráiz, fiscal delegado de extranjería de la rioja en las jornadas de fiscales delegados de extranjería del año 2010	244

CUARTA PARTE

CENTROS DE INTERNAMIENTO

Las calamitosas condiciones de internamiento en los CIE españoles.

Cristina Manzanedo.....	249
I. Al fin una regulación completa	249
II. Un reglamento que no se aplica	250
1. Nueva estructura organizativa	250
2. Instalaciones deficientes	251
3. Falta de información	252
A) Acceso al expediente personal	252
B) Información al ingreso	253
4. Ausencia de traductores.....	255
5. El derecho a la salud no está garantizado en el CIE	255
A) Reconocimiento médico inicial	257
B) Personas enfermas	258
C) Los partes de lesiones	259
6. Ausencia de servicios sociales en varios CIE.....	260
7. Asistencia letrada.....	261
8. Derechos de comunicación y visitas	262
9. Dificultades acceso de ONG.....	263
10. Régimen interior. Vigilancia y seguridad. Medidas coercitivas.....	263
A) Régimen interior en el CIE.....	263
B) Vigilancia y seguridad de los Centros	263
C) Medidas coercitivas con los internos	264
11. Presuntas agresiones y malos tratos	265
12. Peticiones y quejas.....	267
13. Publicación de datos CIE.....	267
III. Conclusiones	268

Los juzgados de control del Centro de Internamiento de Extranjeros de

Madrid: creación, trayectoria y retos. Ramiro García de Dios	269
I. Introducción.....	269
II. Funciones desarrolladas.....	270
III. Juez de control y reglamento CIE.....	277

Especial consideración a CIE de Algeciras. José Villahoz Rodríguez 279 |

I. Primer período: no hay CIE en la zona.....	281
---	-----

1.	Estancias e internamientos en calabozos.....	281
2.	Internamiento en prisiones	281
II.	Segundo período: el “Centro” de tarifa (1992-1993).	283
1.	Las respuestas de las Administraciones ante la demanda de un CIE	283
III.	Tercer período: de 1993 a 2003: sin Centro de Internamiento.....	283
1.	Estancias en el polideportivo de Tarifa.	284
2.	Estancias en la Isla de Las Palomas	284
IV.	Cuarto período: de 2003 a la actualidad.....	285
1.	¿El Centro de Internamiento de Extranjeros de Tarifa?	286
2.	Estancias en dependencias policiales	287
3.	Estancias en dependencias de una nueva comisaría de Policía.....	287
4.	Estancias en el polideportivo de Tarifa.....	287
V.	El Centro de Internamiento de Algeciras “La Piñera”	287
1.	Las personas que se ingresan en el CIE de Algeciras.	291
2.	La asociación “Algeciras Acoge” y el CIE actual de Algeciras.....	293
3.	Resumen de las actividades de “Algeciras Acoge” relativas al CIE en 2014	294
4.	Nuestras preocupaciones sobre el CIE de Algeciras	295
5.	Anexo.....	297

La investigación de los tratos inhumanos y degradantes en el CIE. Julián Ríos

Martín	299
I.	Introducción.....	299
II.	Contenido jurídico de los tratos degradantes y torturas	300
III.	Las dificultades de investigación	301
IV.	Criterios de intervención.....	303
V.	Cuestiones relativas a los informes de lesiones médicos.....	304

ANEXOS

ANEXO I: Recomendaciones del defensor del Pueblo en relación a los Centros de Internamiento de Extranjeros	313
Recomendación 100/2000, de 29 de diciembre, sobre comunicación a la autoridad judicial de las incidencias que se produzcan en relación con extranjeros sometidos a internamiento.....	315

Recomendación 11/2001, de 7 de febrero, sobre asistencia primaria a inmigrantes no alojados en el Centro de Estancia Temporal (CETI) de Melilla y agilización de las actuaciones para resolver la situación de extranjeros alojados en el mismo 317

Recomendación 65/2001, de 5 de julio, sobre construcción de nuevos centros de estancia temporal de inmigrantes en Algeciras y adecuación de varios ya existentes. Regularización de inmigrantes alojados en los CETI de Ceuta, Melilla y Las Palmas de Gran Canaria. 320

Recomendación 66/2001, de 5 de julio, sobre construcción de nuevos centros de estancia temporal de inmigrantes en Algeciras y adecuación de varios ya existentes. Regularización de inmigrantes alojados en los CETI de Ceuta, Melilla y Las Palmas de Gran Canaria 323

Recomendación 67/2001, de 5 de julio, sobre construcción de nuevos centros de estancia temporal de inmigrantes en Algeciras y adecuación de varios ya existentes. Regularización de inmigrantes alojados en los CETI de Ceuta, Melilla y Las Palmas de Gran Canaria 326

Recomendación 68/2001, de 5 de julio, sobre construcción de nuevos centros de estancia temporal de inmigrantes en Algeciras y adecuación de varios ya existentes. Regularización de inmigrantes alojados en los CETI de Ceuta, Melilla y Las Palmas de Gran Canaria. 328

Recomendación 17/2002, de 1 de marzo, sobre habilitación urgente de un nuevo centro de internamiento de inmigrantes para la isla de Fuerteventura y mejora inmediata de las condiciones del que funciona como tal. 331

Recomendación 29/2002, de 26 de marzo, sobre subsanación de las deficiencias apreciadas en los centros de internamiento de extranjeros (CIE). 334

Recomendación 30/2002, de 1 de abril, sobre modificación de criterios para la aplicación de devoluciones y no de expulsiones a los que son detenidos mientras pretenden acceder irregularmente a territorio nacional. Aplicación efectiva de la posibilidad de solicitar anticipadamente el levantamiento de la medida de internamiento..... 346

Recomendación 86/2002, de 2 de octubre, sobre modificación de criterios para la aplicación de devoluciones y no de expulsiones a los que son detenidos mientras pretenden acceder irregularmente a territorio nacional. Aplicación efectiva de la

posibilidad de solicitar anticipadamente el levantamiento de la medida de internamiento..... 351

Recomendación 116/2003, de 24 de septiembre, para que se dicten las instrucciones oportunas a fin de racionalizar los operativos de control de extranjeros en situación de irregularidad en los que pudiera resultar preciso efectuar detenciones; para que existan cauces de comunicación con otras administraciones concernidas; para establecer el orden de preferencia de unos extranjeros sobre otros cuando las plazas en los centros de internamiento sean escasas y para atender a la legislación sobre competencia territorial de la autoridad judicial en las autorizaciones de internamiento..... 355

Recomendación 96/2005, de 5 de octubre, relativa a las garantías judiciales en el internamiento, al régimen de los recursos frente a la denegación de entrada y a la publicidad de las instrucciones administrativas de alcance general 368

Recomendación 77/2009, de 26 de junio, sobre verificación de las resoluciones judiciales que afecten a la suspensión de la materialización de una orden de expulsión, cuando se reciben en los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE)..... 369

Recomendación 113/2009, de 28 de septiembre, para que no se solicite el internamiento de adultos acompañados de menores de edad en los centros de internamiento de extranjeros, en tanto no se adecuen módulos familiares específicos..... 371

Recomendación 41/2013, de 12 de abril, formulada a la Secretaría General de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, para elaborar un protocolo de derivación sanitario (12000281). 374

Recomendación 68/2013, de 22 de mayo, formuladas a la Dirección General de la Policía del Ministerio del Interior, sobre el funcionamiento de los Centros de Internamiento (12007051). Aceptadas parcialmente. 376

Recomendaciones formuladas a la Dirección general de la Policía (2014) 378

ANEXO II: Recomendaciones del Defensor del Pueblo en relación a la expulsión de personas extranjeras..... 381

Recomendación 26/2001, de 27 de marzo, sobre aclaración del concepto de pretensión de entrada ilegal, a los efectos de aplicación de la medida de devolución y no de expulsión 383

Recomendación 81/2001, de 8 de agosto, sobre la puntual notificación de las resoluciones de expulsión para facilitar el acceso de los interesados a los recursos jurisdiccionales pertinentes.....	385
Recomendación 70/2002, de 1 de agosto, sobre agilización del trámite de notificación de resoluciones de expulsión para permitir el acceso efectivo a los tribunales.....	387
Recomendación 109/2003, de 4 de septiembre, para dejar sin efecto las resoluciones de expulsión dictadas en los expedientes, cuya incoación se realizó mediante notificación a la sede de una entidad no gubernamental en Las Pedroñeras (Cuenca)..	390
Recomendación 138/2003, de 6 de noviembre, sobre los efectos de la apertura de un proceso de arraigo en relación con la iniciación de expediente de expulsión, cuando esté pendiente la resolución de recurso administrativo.....	392
Recomendación 76/2003, de 12 de junio, para que se adopten las medidas oportunas para mejorar la tramitación de las solicitudes de asilo; para detectar con mayor fluidez situaciones de saturación del servicio; y para que se deje constancia del motivo por el que se considera necesario abrir expediente de expulsión a solicitantes de asilo que han visto rechazada su petición. Aceptada parcialmente.....	396
Recomendación 32/2004, de 25 de mayo, para que se proceda a la revocación de oficio de las resoluciones de expulsión, cuando se aprecien circunstancias sobrevenidas que así lo aconsejen y sin que se exija previamente el desistimiento de una acción judicial. Aceptada	418
Recomendación 80/2004, de 26 de octubre, para la inmediata puesta en libertad de los extranjeros internados en centros cuando conste que la expulsión no podrá materializarse	421
Recomendación 21/2005, de 5 de abril, sobre la proporcionalidad que debe seguirse para determinar el plazo de prohibición de entrada, como sanción accesoria en los procedimientos de expulsión	427
Recomendación 90/2006, de 13 de diciembre, para que se adopten las medidas pertinentes, a fin de que se cumplan todas las garantías legales en la identificación de indocumentados menores de edad, y que las resoluciones de expulsión o devolución que erróneamente les afecten sean eliminadas de los registros policiales ..	430

Recomendación 64/2009, de 27 de mayo, sobre la correcta aplicación de los mecanismos legales previstos para el caso de mujeres extranjeras víctimas de trata... 433

Recomendación 16/2012, de 31 de Enero, formulada a la Dirección General de la Policía del Ministerio, para que se modifique la Circular 1/2010, de 25 de enero, con el fin de que sean correctamente interpretados los supuestos de “detención cautelar” (10018290). Aceptada 436

Recomendación 37/2012, de 15 de marzo, para que se impartan instrucciones a los Encargados de los Registros Civiles para evitar que, de manera sistemática, se considere la situación documental irregular de unos de los contrayentes, indicio suficiente para solicitar informe a la policía, que implique que el extranjero haya de personarse en dependencias policiales 440

Recomendación 154/2012, de 4 de diciembre, para que se dicten instrucciones con el fin de que los actos de ejecución de la resolución de expulsión a la que se refiere el artículo 57.2 de la Ley de extranjería se realicen tras la notificación a la persona legitimada, y para que ésta disponga del tiempo suficiente para recurrir y acogerse a la petición de suspensión cautelar en sede contenciosa, cuando concurren circunstancias de urgencia..... 445

Recomendación 190/2013, de 15 de Noviembre, para que los órganos policiales contacten de manera habitual con el ACNUR a fin de conocer la situación de los países a los que se va a repatriar a ciudadanos extranjeros y valorar si existe riesgo para éstos, dejando constancia de la valoración en el expediente..... 450

Recomendación 235/2014, de 2 de septiembre, para impartir instrucciones a las distintas comisarías para que no se incoe expediente sancionador a las personas a las que se haya denegado la tarjeta comunitaria por incumplimiento del artículo 7 del Real Decreto 240/2007, a excepción de los supuestos en los que proceda dicha incoación, en virtud de las previsiones establecidas por el citado real decreto y siguiendo el procedimiento que este dispone. ACEPTADA..... 455

Recomendación 255/2014, de 15 de octubre, sobre la asistencia letrada de los extranjeros detenidos en los procedimientos de ejecución. ACEPTADA..... 458

ANEXO III: Recomendaciones del Defensor del Pueblo en relación a la detención de personas extranjeras 461

Recomendación 16/2012, de 31 de enero, para que se modifique la Circular 1/2010, de 25 de enero, a fin de que sean correctamente interpretados los supuestos de “detención cautelar” y traslado a comisaría de ciudadanos extranjeros identificados, a fin de que cese la práctica detectada consistente en la detención y posterior traslado a dependencias policiales donde se les incoa un expediente sancionador por estancia irregular 463

Recomendaciones 45/2013, de 17 de abril, para erradicar la práctica policial consistente en controles de identificación basados en perfiles étnicos y raciales 467

Recomendaciones 16/2014, de 29 de enero, formulada a la Delegación del Gobierno en la Comunidad Autónoma de La Rioja, para que cese la práctica de trasladar a la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras los datos de identidad de aquellas personas cuya autorización de residencia ha sido denegada..... 471

Programa del curso 475

PRESENTACIÓN

Este libro recoge la mayoría de las ponencias que se expusieron y debatieron en el curso “Protección de los derechos humanos y control judicial de la inmigración”¹, que tuve la oportunidad de dirigir en el marco del programa de formación continua del Consejo General del Poder Judicial y que creo resultó sumamente enriquecedor por el interés de los debates suscitados, la experiencia de los participantes y el alto nivel de los ponentes. Por ello solicité a éstos el esfuerzo extra de poner por escrito sus análisis, en la extensión que les permitieran sus ocupaciones, lo que finalmente ha dado lugar a este libro aparece en formato digital con el fin de llegar al mayor número posible de interesados².

El presente libro es, además, un resultado del Proyecto *Iusmigrante (Ius puniendi e inmigración irregular)*, del programa estatal de investigación, desarrollo e innovación, en el que intervienen profesores de varias universidades españolas. Desde este proyecto venimos analizando, entre otros temas, la regulación de la expulsión de ciudadanos extranjeros y su uso como instrumento de la política migratoria de lucha contra la inmigración irregular, así como las diferentes prácticas y escenarios a los que da lugar: actuaciones policiales dirigidas a la localización de personas en situación irregular, detenciones en comisaría, “expulsiones exprés”, privación de libertad en los centros de internamiento, etc. Desde el principio hemos sido conscientes de la necesidad de interactuar con otros agentes implicados, en particular, por lo que a esta temática se refiere, con los jueces de instrucción por su importante e irrenunciable función de garante de los derechos los ciudadanos y ciudadanas extranjeras en los procedimientos y situaciones mencionados. Aun aceptando el poder soberano de los Estados para decidir quiénes permanecen en sus territorios, este poder está sometido a unos límites derivados del respeto a los derechos humanos y al resto de derechos de los que siguen siendo titulares las personas extranjeras en situación irregular, en muchos casos necesitadas de una especial tutela y que enfrentan actuaciones y expulsiones que pueden conllevar daños irreparables en sus vidas. El juez de instrucción es el juez de las garantías que el ordenamiento jurídico nacional, comunitario e internacional les reconoce.

¹ El programa del curso se incluye al final de este libro

² Agradezco la colaboración de Pablo Adrián Sainz Rodríguez en las laboriosas tareas de edición.

Por ello agradecemos al Consejo General del Poder Judicial la introducción en el programa de formación de esta problemática, a la que ahora acercamos al lector a través de las reflexiones de quienes fueron ponentes y que desde la universidad, la judicatura, el Defensor del pueblo, la fiscalía, la abogacía o el activismo en la defensa de los derechos humanos nos muestran una realidad humana y jurídica sin duda necesitada de mayor atención y esmero por parte de los profesionales e instituciones implicadas.

Madrid, a 5 de agosto de 2015

Margarita Martínez Escamilla
Catedrática de Derecho penal. Universidad Complutense de Madrid
Coordinadora del Proyecto I+D+i Iusmigrante (Ius puniendi e inmigración irregular)

PREFACIO

*“Antes, el hombre sólo tenía cuerpo y alma.
Ahora, además, necesita un pasaporte,
de lo contrario no se le trata como a un hombre”*

Stefan Zweig, “El mundo de ayer”.

Estas palabras están incluidas en el celeberrimo texto de Stefan ZWEIG reseñado más arriba. Su autor, intelectual de nacionalidad austriaca y etnia judía, perseguido con saña por el régimen nazi, que se autodefinía como ciudadano del mundo, rescataba y transcribía en su libro las palabras oídas a un exiliado ruso. Palabras que son solo tímido reflejo de la amargura y la impotencia de quienes, en las circunstancias duras y dramáticas que vivió el continente europeo en la primera mitad del siglo pasado, sintieron en propia carne la extraordinaria y rápida transformación del mundo occidental tal como venía siendo conocido desde la aparición del estado-nación y, en paralela conexión, la evolución de las técnicas e instrumentos orientados a obtener un conocimiento certero de la identidad de los individuos que integran la sociedad con el doble objetivo de controlar a quienes la integran y obstaculizar la presencia de personas ajenas a ella.

Estas duras palabras pueden muy bien de servir de “entradilla” a una publicación como la que introducen, fruto de unas jornadas formativas organizadas por y en el Consejo General del Poder Judicial y dirigidas a Jueces de Instrucción, con presencia también de fiscales y abogados que ejercen en este orden jurisdiccional.

Como ya ocurriera a lo largo de la historia de Europa, el aumento del número de pobladores pobres y desocupados –en nuestros días, a escala planetaria, al abrigo de la globalización, a partir de los enormes desequilibrios y desigualdades regionales, que ha potenciado el fenómeno migratorio-, ha conducido a poner en marcha en los países de recibo de migrantes medidas rigurosas para tratar de controlar los flujos y movimientos de población llegada de los rincones más empobrecidos del planeta.

La nota común, a la que obviamente no es ajeno nuestro país, en el tratamiento del fenómeno migratorio en la llamada “Europa de las libertades” es –todos lo sabemos- el progresivo endurecimiento en las políticas de extranjería nacionales y comunitarias que se traduce en legislaciones severas y restrictivas, y en prácticas y comportamientos discriminatorios y racistas por algunos de quienes las aplican y ejecutan.

La deriva europea en su estrategia común frente a la inmigración revela la victoriosa imposición de las políticas más implacables y represivas que obvian o marginan principios

democráticos elementales en la conformación política y jurídica de nuestro continente desde la Revolución Francesa, y olvidan las amargas lecciones de la historia europea reciente.

En tal contexto, la situación en España es, sin duda, grave.

Los datos oficiales provenientes del Ministerio del Interior, cerrados al año 2013, último de los publicados a la hora de redactar estas líneas, parten de considerar un éxito “el modelo de gestión de la inmigración” propiciado desde el ministerio como principal “factor de la disminución de los flujos de inmigración”, especialmente desde África. Si en 2012, se afirma, la reducción de llegadas disminuyó un 30%, en 2013, a partir de la anterior, el descenso fue de un 15%.

Sin embargo, no parece suficiente. Y ahí está, para demostrarlo, la reciente reforma de la LOEX que entró el vigor el pasado 1 de abril, en cuya Disposición adicional décima¹ introduce un régimen especial para Ceuta y Melilla que legaliza las llamadas “devoluciones en caliente”, las devoluciones forzadas de inmigrantes irregulares no identificados, en ambas ciudades autónomas, sobre las que un organismo internacional fuera de toda sospecha como el Comité para la Prevención de la Tortura (CPT) del Consejo de Europa, en su informe sobre la visita girada a España en julio de 2014 ha declarado contraria al Convenio Europeo de Derechos Humanos y a la Convención sobre el estatuto de los refugiados de 1951. Una norma discutida con la misma firmeza tanto desde el interior, que ha sido impugnada ante el Tribunal Constitucional español.

Ciertamente, el resultado de las políticas migratorias no deja mucho espacio al optimismo. Por el contrario, permite observar quiebras importantes en los cimientos básicos de los ordenamientos jurídicos democráticos. Desde el punto de vista penal, cuestiona la vigencia del principio de estricta legalidad, por cuya virtud el uso legítimo del ius puniendi se contempla a partir de lo que se hace (o no) pero nunca de lo que se es (o no). Desde el punto de vista administrativo, el efecto combinado de la tupida maraña de disposiciones y reglamentos vigentes y el recurso desmedido a conceptos jurídicos indeterminados, contraría gravemente la seguridad jurídica, y constituye, en palabras de Ferrajoli, un “infraderecho administrativo puramente vejatorio”².

¹ “1. Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España.

2. En todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte.

3. Las solicitudes de protección internacional se formalizarán en los lugares habilitados al efecto en los pasos fronterizos y se tramitarán conforme a lo establecido en la normativa en materia de protección internacional.”

²FERRAJOLI, L.: “Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional”. Mínima Trotta. 2011. Pág. 67.

En la tarea de dar a conocer los niveles de desprotección de los derechos de los inmigrantes en España y constatar los grados de eficacia que cabe esperar de los mecanismos con que nuestro ordenamiento jurídico nos dota para su protección jurisdiccional, se enmarcó el curso en el que las ponencias que integran esta publicación fueron presentadas.

Un curso singular, dirigido a jueces de instrucción pero cuyo objetivo no fue analizar las expulsiones penales “ex” art. 89 del Código Penal, sino la detención, internamiento y expulsión de carácter administrativo, en los que se producen “ciclos” de privaciones de libertad, en que cabe detectar momentos de intervención de los jueces de instrucción que les permiten ejercitar sus funciones como garantes de los derechos de los extranjeros indocumentados, y cuyo análisis se desarrolló –bajo la dirección una de las grandes expertas en la materia, la catedrática de derecho penal de la Universidad Complutense de Madrid, doña Margarita Martínez Escamilla, quien ha coordinado también esta publicación- desde una fórmula que combina con sabiduría y sensibilidad la investigación científica propia de un seminario académico, de la mano de profesores universitarios expertos en la materia; la praxis de quienes trabajan a diario con las realidades que se estudian, jueces, fiscales, policías; y la mirada crítica y protectora a la vez, de organizaciones no gubernamentales de impecable prestigio nacional e internacional y de instituciones estatales, como el Defensor del Pueblo.

Todos los que –bien sea desde el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) o desde otras instancias- hemos intervenido en la incorporación de este curso presencial a los planes formativos del CGPJ, estamos altamente satisfechos de sus resultados, que estuvieron a la altura de nuestras expectativas y de las necesidades de los asistentes. Como estamos convencidos de que así ocurrirá entre quienes afronten la lectura de las ponencias que ocupan las páginas que siguen.

Madrid, 29 de junio de 2015.

Álvaro Cuesta Martínez
Vocal del Consejo General del Poder Judicial

M^a. Concepción Sáez Rodríguez
Vocal del Consejo General del Poder Judicial

PRIMERA PARTE
ENCUADRE FÁCTICO Y NORMATIVO

DETENCIÓN, INTERNAMIENTO Y EXPULSIÓN DE CIUDADANOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR. LAS FUNCIONES DEL JUEZ DE INSTRUCCIÓN

Margarita Martínez Escamilla

Catedrática de Derecho Penal. Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN DE LA PONENCIA: La legislación de extranjería permite el retorno, devolución o expulsión de ciudadanos extranjeros en determinados supuestos. Además de su gran contenido aflictivo, estas medidas dan lugar en la mayoría de los casos a un “ciclo” de restricción de derechos y de privación de libertad de los ciudadanos extranjeros (actuaciones policiales dirigidas a la localización de ciudadanos en situación irregular, detenciones en comisaría, las denominadas expulsiones “exprés”, privación de libertad en los centros de internamiento, etc.). Si bien la decisión sobre la devolución o expulsión corresponde a la autoridad gubernativa y, en su caso, a la jurisdicción contencioso-administrativa, en los distintos momentos del ciclo descrito el juez penal juega un papel fundamental como garante de los derechos de los ciudadanos extranjeros. El presente trabajo plantea en sus líneas generales dichas funciones, llamando la atención sobre su importancia y sobre los problemas y déficits que en su ejecución se están detectando. Dejaremos al margen de nuestro estudio las expulsiones penales (arts. 89, 96.3 y 108 CP), centrándonos en las de naturaleza administrativa.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. “MEDIDAS DE REPATRIACIÓN”: RETORNO, RECHAZO EN FRONTERA, DEVOLUCIÓN Y EXPULSIÓN. 1. Retorno. 2. Rechazos en frontera. 3. Devolución. A) Devolución por infracción de la prohibición de entrada (art. 58.3.a) LOEx). B) Devolución por intentar entrar ilegalmente en el país (art. 58.3.b) LOEx). 4. Expulsiones por infracciones administrativas. Especial incidencia de la infracción “por encontrarse irregularmente en territorio español”. 5. Expulsiones de personas imputadas o procesadas penalmente. 6. Expulsión por antecedentes penales. III. EL JUEZ DE INSTRUCCIÓN COMO JUEZ DE CONTROL DE LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO. IV. LA AUTORIZACIÓN DEL INTERNAMIENTO. V. LAS DENOMINADAS “EXPULSIONES EXPRÉS”. VI. A MODO DE CONCLUSIÓN.

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo se corresponde en sus líneas generales con la ponencia inicial que me correspondió impartir como directora del curso “Protección de los derechos humanos y control judicial de la inmigración”, que tuvo lugar entre los días 1 y 3 de junio en el marco de los cursos de formación continua organizados por el Consejo General del Poder Judicial, y cuyo contenido se precisó a través del siguiente subtítulo: “El juez de instrucción ante la detención, internamiento y expulsión administrativa de personas extranjeras”.

La legislación de extranjería permite el retorno, la expulsión o devolución de ciudadanos extranjeros en determinados supuestos, procedimientos que podríamos englobar bajo el término “medidas de repatriación” o expulsiones en sentido amplio. Más allá de su gran contenido aflictivo, en la mayoría de los casos estas medidas administrativas de repatriación dan lugar a un “ciclo” de restricción de derechos y de privación de libertad de los ciudadanos extranjeros (actuaciones policiales dirigidas a la localización de ciudadanos en situación irregular, detenciones en comisaría, las denominadas “expulsiones exprés”, privación de libertad en los centros de internamiento, etc.). Es cierto que la decisión sobre el retorno, devolución o expulsión corresponde a la autoridad gubernativa y, en su caso, a la jurisdicción contencioso-administrativa. Sin embargo en los distintos momentos del ciclo descrito el juez penal, en concreto el juez de instrucción, juega un papel fundamental como garante de los derechos de los ciudadanos extranjeros. Urge llamar la atención sobre la importancia de las funciones que al respecto tiene atribuidas, plantear los problemas y déficits que se están detectando y reflexionar sobre posibles mejoras. Este fue el objetivo principal del referido curso de formación y lo es, por tanto, del presente artículo, en el que no se analizarán las expulsiones penales (arts. 89, 96.3 y 108 CP), sino que nos centraremos en las de naturaleza administrativa.

Junto con la impermeabilización de fronteras, la expulsión de ciudadanas y ciudadanos extranjeros es uno de los pilares en los que se asienta la política española y europea de gestión de la inmigración irregular, una política que se concibe en términos de guerra, de “lucha”; una lucha en la que no se escatiman ni medios materiales ni instrumentos jurídicos y que aunque se dice está dirigida contra las mafias, no es a la postre sino una guerra sin cuartel contra los migrantes no deseados, contra los hombres y mujeres que no tienen cabida en los angostos cauces de la inmigración legal. Y en este contexto se hace necesario subrayar que, aun aceptando el poder soberano de los estados para decidir quiénes entran o quiénes permanecen en sus territorios, este poder está sometido a unos límites derivados del respeto a los derechos humanos y al resto de derechos de los que siguen siendo titulares los hombres y mujeres que intentan acceder a nuestro país o residen en él de forma irregular.

Este artículo precisamente pretende introducir las competencias del juez de instrucción como garante de los derechos de las personas extranjeras sometidas a procedimientos administrativos de repatriación, particularmente sujetos a devolución y expulsión. Pero antes de avanzar conviene detenerse un momento en el gran contenido aflictivo que en la mayoría

de los casos poseen estas medidas. Imaginemos que esa expulsión recae sobre alguien que ha accedido de forma clandestina a nuestro país, casi siempre asumiendo grandes deudas y afrontando peligros que cuesta siquiera imaginar. Por poner un ejemplo, según el estremecedor informe “*Los derechos de las mujeres migrantes. Una realidad invisible*”¹, que versa sobre las durísimas condiciones de vida que padece buena parte de la inmigración femenina subsahariana, estas mujeres tardan una media de dos y tres años en llegar a Marruecos, donde han de permanecer un largo tiempo hasta que consiguen acceder a territorio español, sufriendo durante su periplo migratorio y durante su estancia en este país la violencia de género en sus más brutales manifestaciones. ¿Podemos siquiera imaginar lo que para estas mujeres puede significar la expulsión, que, por otra parte puede verificarse a terceros países que nada tienen que ver con su país de origen?

Pero la expulsión de nuestro país no sólo recae sobre personas que acaban de acceder a su territorio de forma clandestina, sino también sobre ciudadanos extranjeros que llevan largo tiempo entre nosotros y que, a pesar de ello, nunca consiguieron regularizar su situación o bien tuvieron alguna vez permisos de residencia y trabajo y no pudieron renovarlos a consecuencia de la crisis económica. Esto último es lo que se conoce como “irregularidad sobrevenida”, supuestos en los que la expulsión puede significar, además, la separación de la familia y amigos. Por dar algún dato al respecto, según el *Informe Anual 2014* del Servicio Jesuita a Migrantes, de las 260 personas visitadas por esta organización en el centro de internamiento de Madrid en dicho año, el 78% llevaba más de cuatro años en España, y sólo un 13% de las personas visitadas llevaba menos de un año². Efectivamente, no es infrecuente el internamiento y expulsión de personas con gran arraigo en nuestro país, incluso que llegaron a él traídos por sus familias siendo niños y niñas y que, si tras la mayoría de edad no han podido conseguir los permisos necesarios, son expulsados a sus países, en los que en muchos casos no conservan vínculos y que les son totalmente ajenos a pesar de haber nacido allí³. Recordemos que, además, la expulsión va acompañada de una larga prohibición de entrada de hasta cinco o diez años según los casos.

En este artículo haremos un primer análisis de cómo el juez de instrucción está llamado a intervenir en estos procedimientos de expulsión:

¹ WOMENS’LINK WORLDWIDE: *Los derechos de las mujeres migrantes: una realidad invisible*, 2009. Disponible en: http://www2.womenslinkworldwide.org/wlw/new.php?modo=detalle_proyectos&dc=36

² SERVICIO JESUITA A MIGRANTES: *CIE y expulsiones exprés. Informe Anual 2014*, pág. 21. Disponible en: <http://www.sjme.org/sjme/item/794-cie-y-expulsiones-expres>

³ Vid. el epígrafe, “Ni inmigrantes ni extranjeras” en MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA (Dir.): *Mujeres en el CIE: género, inmigración e internamiento*, Ed. Gakoa, 2013, págs. 55 y ss, Disponible en: <http://eprints.ucm.es/21399/>

1. Cuando el ciudadano extranjero es detenido mientras se tramita el procedimiento de expulsión o para ejecutar una medida de repatriación ya adoptada, el juez de instrucción puede conocer de su situación a través básicamente de un *habeas corpus* o de las medidas cautelares de suspensión que se interponen contra el decreto de expulsión y que, a pesar de ser una cuestión propia de la jurisdicción contencioso-administrativa, ha de resolver los fines de semana y festivos el juez de instrucción por estar de guardia.

2. Si en el marco de las 72 horas de detención en comisaría no se ha podido expulsar a la persona, la policía ha de ponerla en libertad o solicitar su ingreso en un centro de internamiento de extranjeros (en adelante CIE), correspondiendo la decisión del internamiento al juez instrucción del lugar donde se practicó la detención.

3. Por último, la salvaguarda de la legalidad y de los derechos de las personas privadas de libertad en un CIE o en las salas de inadmisión de fronteras corresponde a un juzgado de instrucción del lugar donde estén ubicados. Son juzgados de instrucción con funciones de control del centro de internamiento y de las salas de inadmitidos de los puestos fronterizos.

El presente artículo tiene como misión introducir los mencionados escenarios y funciones, tratando de ofrecer una panorámica general sobre una realidad humana y jurídica muy necesitada de conocimiento y reflexión.

II. “MEDIDAS DE REPATRIACIÓN”: RETORNO, RECHAZO EN FRONTERA, DEVOLUCIÓN Y EXPULSIÓN.

Antes de detenernos en las funciones que acabo de mencionar, permítaseme un epígrafe dedicado a las diferentes figuras, los diferentes procedimientos -llamémosles de repatriación o de expulsión en sentido amplio-, que contempla la legislación de extranjería, si bien no en todos ellos interviene con la misma frecuencia e intensidad el juez de instrucción. Una primera clasificación señalaría por una parte las inadmisiones y expulsiones administrativas, adoptadas en un procedimiento administrativo y que responden a infracciones administrativas y otras causas previstas en la Ley Orgánica 4/2000 de derechos y libertades de los ciudadanos extranjeros en España y su integración social (en adelante LOEx) y, por otra parte, las denominadas expulsiones penales, adoptadas por un juez penal en el marco de un proceso penal y que sustituyen total o parcialmente la ejecución de una pena (art. 89 CP) o una medida de seguridad penal (art. 108 CP). Estas últimas plantean un problemática muy específica que no va a ser abordada en este artículo⁴.

Intentamos plasmar estas diversas causas y procedimientos en el siguiente esquema:

⁴ Con mayor detenimiento sobre estas figuras vid. op.cit. MARGARITA MARTÍNEZ ESCAMILLA (Dir.): *Mujeres en el CIE: género, inmigración e internamiento*, págs.. 67 y ss.

PROCEDIMIENTOS PARA IMPEDIR LA ENTRADA O IMPONER LA SALIDA.

PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

1. Retornos o denegaciones de entrada (arts. 26.2 y 60 LOEx)
2. Rechazos en frontera (Disposición adicional décima LOEx)
3. Devoluciones
 - a. Devolución por contravenir la prohibición de entrada (art. 58.3 a) LOEx)
 - b. Devolución por pretender entrar ilegalmente en el territorio español (art. 58.3.b) LOEx).
4. Expulsiones por infracciones administrativas (art. 54 y art. 53.1 a), b), c) d) y f) en relación con el art. 57 LOEx).
Especial incidencia de la infracción “encontrarse irregularmente en territorio español” (art. 53.1 a)).
5. La expulsión por antecedentes penales (art. 57.2 LOEx).
6. La expulsión del extranjero imputado o procesado penalmente (art. 57.7 LOEx).

EXPULSIONES PENALES

1. Expulsión como sustitutivo de todo o parte de una pena privativa de libertad (art. 89 CP).
2. Expulsión como medida de seguridad y como sustitutivo de una medida de seguridad (art. 96.3 y 108 CP)

Aunque el presente artículo se centrará en el papel que desempeña el juez penal en los procedimientos administrativos de devolución y expulsión, por ser los supuestos en los que más frecuente es su intervención, resulta aconsejable un somero recorrido por las diversas figuras que contempla la legislación de extranjería y que, de forma más directa o indirecta, pueden dar lugar a la actuación del juez penal.

1. Retorno.

Son diversas las denominaciones –retorno, prohibición de entrada, etc.- utilizadas para aquellos casos en los que al extranjero que pretende entrar por puesto fronterizo habilitado no se le permite la entrada en territorio español por no reunir los requisitos establecidos en la legislación de extranjería. Según el art. 26 LOEx, “a los extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos para la entrada, les será denegada mediante resolución motivada, con

información de los recursos que puedan interponer contra ella, plazo para hacerlo y autoridad ante quien deben formalizarlo, y de su derecho a la asistencia letrada, que podrá ser de oficio, y de intérprete, que comenzará en el momento mismo de efectuarse el control en el puesto fronterizo”. Ese régimen jurídico se desarrolla con más detalle en el art. 15 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 Ley Orgánica 2/2009 (en adelante, RLOEx).

2. Rechazos en frontera

Mediante la Ley Orgánica 4/2015 de protección de la seguridad ciudadana se introdujo en la Ley de extranjería la disposición adicional décima que establece un régimen especial para Ceuta y Melilla a través de la figura del denominado “rechazo en frontera”. Según el punto primero de la disposición adicional décima, *“Los extranjeros que sean detectados en la línea fronteriza de la demarcación territorial de Ceuta o Melilla mientras intentan superar los elementos de contención fronterizos para cruzar irregularmente la frontera podrán ser rechazados a fin de impedir su entrada ilegal en España”*.

Sin embargo, a pesar de lo inicialmente pretendido, esta figura no ampara las denominadas “devoluciones en caliente”, que siguen siendo ilegales tras esta reforma de la Ley de extranjería. Según el apartado segundo de la mencionada disposición, *“en todo caso, el rechazo se realizará respetando la normativa internacional de derechos humanos y de protección internacional de la que España es parte”*. Ello implica que cualquier entrega de una persona a Marruecos sólo es posible a través de un procedimiento que respete los derechos fundamentales de audiencia al interesado, asistencia letrada y de intérprete, pues muchas de estas personas se encuentran en situaciones de gran vulnerabilidad que el Estado tiene la obligación de tutelar. Además, es necesario dictar una resolución escrita e individualizada que permita el ejercicio del derecho a la tutela judicial y posibilite el control de la actividad de la Administración, un pilar básico de nuestro Estado de derecho⁵. Según parece, el Ministerio del Interior estaría elaborando una especie de protocolo para clarificar el procedimiento a seguir en los “rechazos en frontera”, del que nada se conoce al tiempo de redactar este artículo.

3. Devoluciones

No procede un expediente de expulsión, sino un procedimiento de devolución bastante más ágil, en dos supuestos:

A) Devolución por infracción de la prohibición de entrada (art. 58.3.a) LOEx).

⁵ Pormenorizadamente sobre la figura del rechazo en frontera, vid. VVAA. *Rechazos en frontera: ¿Fronteras sin derechos?* Disponible en <http://eprints.ucm.es/29379/>

Procede una orden de devolución cuando una persona es expulsada y vuelve a España sin haber transcurrido el tiempo de prohibición de entrada que acompañaba a la expulsión y que, según lo dispuesto en el art. 58.1 LOEx, puede llegar a alcanzar los cinco años o excepcionalmente los diez años (art. 58.2 LOEx).

B) Devolución por intentar entrar ilegalmente en el país (art. 58.3.b)LOEx)

El artículo 58.3 LOEx dispone que “no será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos: (...) b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país” y el artículo 23.1.b) RLOEx, en desarrollo de esta previsión, establece que “se considerarán incluidos a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o sus inmediaciones”.

Por su parte, el artículo 23.2 RLOEx establece que en estos supuestos “las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado encargadas de la custodia de costas y fronteras que hayan interceptado a los extranjeros que pretenden entrar irregularmente en España los conducirán con la mayor brevedad posible a la correspondiente comisaría del Cuerpo Nacional de Policía, para que pueda procederse a su identificación y, en su caso, a su devolución”. Esta decisión administrativa de devolución ha de ser adoptada mediante resolución del Subdelegado del Gobierno, o del Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales (artículo 23.1 RLOEx), y requiere la observancia de las garantías recogidas en el mencionado artículo 23.3 RLOEx: asistencia jurídica y asistencia de intérprete si no comprende o habla las lenguas oficiales.

Por tanto, el procedimiento de devolución, que carece de carácter sancionador, es el aplicable en aquellos supuestos en los que un ciudadano extranjero es interceptado en la frontera o sus inmediaciones pretendiendo acceder a España por un puesto no habilitado para ello.

4. Expulsiones por infracciones administrativas. Especial incidencia de la infracción “por encontrarse irregularmente en territorio español”

La Ley de Extranjería prevé una serie de infracciones administrativas castigadas con la pena de multa, pero que cuando son cometidas por extranjeros, y algunas de ellas sólo son susceptibles ser cometidas por extranjeros, según el art. 57 LOEx, “en atención al principio de proporcionalidad”, en lugar de la sanción de multa, puede aplicarse la expulsión del territorio nacional.

Las infracciones que pueden dar lugar a la medida de expulsión configuran un profuso catálogo de conductas de lo más diverso, sin que podamos dedicar aquí un comentario siquiera breve a cada una de ellas, que, por otra parte, no poseen la misma relevancia, dado que la mayoría de los procedimientos administrativos se incoan por infracción del art. 53. 1. a): encontrarse irregularmente en territorio español.

El encontrarse irregularmente en territorio español es una de las infracciones para las que la ley de extranjería señala una pena de multa (art. 55—1.b) LOEx), infracción que según el mencionado art. 57 LOEx podría sustituirse, de forma excepcional por la expulsión; excepcionalidad en la que venía insistiendo el Tribunal Supremo (STS 1536/2007, de la Sección 5ª de la Sala de lo contencioso-administrativo de 9 de marzo de 2007, dictada en el recurso de casación núm. 9887/2003) y el Tribunal Constitucional (STC 140/2009, de 15 de junio de 2009, dictada en el recurso de amparo núm. 3520/2005 (FFJJ 5 y 6)), así como en la necesidad de que debía ser expresamente la opción por la expulsión en detrimento de la multa. Sin embargo, esta jurisprudencia habrá de ser revisada a la luz de la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 23 de abril de 2015, que declara contraria a la Directiva 2008/115/CE, relativa a normas y procedimientos de comunes en los Estados miembros para el retorno de los nacionales de terceros países en situación irregular, el que la infracción de estancia irregular pueda ser sancionada con una multa, si bien la Subcomisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía, en la Circular 1/2015⁶, entiende que la contrariedad no se produce en cuanto la sanción de multa va acompañada de la obligación de salida que establece el art. 24.1 y 2 RLOEx. A la espera de comprobar cómo esta sentencia va a influir en la sanción de la infracción por estancia irregular, conviene advertir del peligro de caer en un automatismo irreflexivo en su aplicación, pues siguen siendo de aplicación el principio constitucional de proporcionalidad y otros principios superiores como el interés del menor, el principio de no devolución, el derecho de asilo, el derecho a la vida privada y familiar, etc.; principios a los que claramente da cabida la Directiva de retorno en cuanto permite que los Estados miembros en cualquier momento puedan renunciar a la obligación de retorno y conceder autorizaciones de estancia por razones humanitarias o de otro tipo. También es importante señalar que la Directiva de retorno concede prioridad al retorno voluntario frente a la expulsión forzosa, lo cual contrasta con el abuso del procedimiento preferente que se detecta en la práctica nacional, que no prevé la posibilidad de retorno voluntario (art. 63 LOEx) frente al procedimiento ordinario que sí prevé dicha posibilidad (art. 63 bis LOEx).

5. Expulsiones de personas imputadas o procesadas penalmente

Según el art. 57.7 a) LOEx, cuando el extranjero tenga abierto un expediente administrativo de expulsión y 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, el Juez penal autorizará la expulsión, salvo que de forma motivada entienda que debe denegarla.

⁶ SUBCOMISIÓN DE EXTRANJERÍA DEL CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA, *Circular 1/2015. “Argumentario a la Sentencia de 23 de abril 2015 del TJUE”*, disponible en: <http://inmigracionunaoportunidad.blogspot.fr/2015/05/circular-12015-de-la-subcomision-de.html>

Ha de llamarse la atención sobre la naturaleza administrativa de la expulsión⁷. Al sujeto se le expulsa por la comisión de una infracción administrativa decretada por la autoridad gubernativa competente. La particularidad reside en que ese extranjero sometido a expediente gubernativo de expulsión o sobre quien ya ha recaído un decreto de expulsión, está al mismo tiempo incurso en un proceso penal, siendo necesaria entonces la autorización del juez penal para que se pueda ejecutar la expulsión. La concesión de la autorización supone obviamente la renuncia a la averiguación de los hechos, al castigo penal del culpable, a la indemnización de la víctima en su caso, es decir, a todos aquellos fines que se persiguen a través del proceso penal, por lo que con razón se ha afirmado que es un claro ejemplo de la prevalencia de la política migratoria sobre la política criminal⁸.

6. Expulsión por antecedentes penales

El art. 57.2 LOEx dispone: “Asimismo constituirá causa de expulsión, previa la 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”.

Desde una perspectiva jurídica, se dice que no es una infracción, pues no está incluida en la lista de infracciones que recoge la ley de extranjería, sino una especie de consecuencia accesoria que acompañaría a la comisión del hecho delictivo y que se aplicaría una vez cumplida la condena⁹. Se trata de una medida que si bien según la Sentencia 236/2007 del Tribunal Constitucional tendría un fundamento diferente al de la sanción penal por lo que no vulneraría la prohibición constitucional de *bis in idem*, de facto niega toda posibilidad de expiación, ni siquiera aunque se haya cumplido el castigo.

Tan sólo apuntar que se echa en falta en la redacción del art. 57.2 de la coetilla que, a los efectos de la reincidencia, sí aparece en el Código penal (art. 22.8 CP) en el sentido de equiparar a los antecedentes cancelados los “que debieran serlo”, lo cual es especialmente importante atendiendo a los problemas que un extranjero sin autorización de residencia

⁷ En este sentido se ha pronunciado con claridad el Tribunal Constitucional. Así, en la STC 24/2000, de 31 de enero, declara: “la autorización del Juzgado de Instrucción no sustituye a la resolución administrativa, de suerte que la medida de expulsión sigue siendo una decisión que corresponde a la Administración y constituye una sanción administrativa, sujeta a control jurisdiccional. En efecto, este Tribunal tiene establecido que la orden de expulsión decretada por la autoridad gubernativa competente no es una pena, pero sí una sanción administrativa que, como tal sanción, ha de encontrar cobertura en la legislación de extranjería...” (FJ 3).

⁸ Sobre esta intervención del juez penal vid. en este mismo libro el artículo de TOMÉ GARCÍA, José Antonio: “Autorización de expulsión prevista en el art. 57. LOEx”

⁹ En este sentido y con referencias a las distintas posturas sobre la naturaleza jurídica de esta causa de expulsión, vid. TORRES FERNÁNDEZ, Elena: *La expulsión de extranjeros en Derecho penal*, La Ley, 2012, págs. 131 y ss.

puede tener a la hora de cancelar los antecedentes. En cualquier caso resultaría inadmisibile que se computen unos antecedentes que según la normativa vigente no debieran producir efectos.

III. EL JUEZ DE INSTRUCCIÓN COMO JUEZ DE CONTROL DE LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO

Como apuntábamos en la introducción, el juez de instrucción puede intervenir en varios momentos del procedimiento de expulsión, devolución o retorno como garante de los derechos fundamentales del extranjero y muy en particular de su libertad. Este cometido es evidente cuando actúa como juez de control de la estancia en los centros de internamiento, función introducida en la ley de extranjería a través de la reforma operada por la LO 2/2009 de 11 de diciembre. Según el art. 62 LOEx, *“el juez competente para el control de la estancia de los extranjeros en los Centros de Internamiento y 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 donde 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”*.

Como es sabido, los CIE son los lugares donde se priva de libertad a las personas extranjeras, por un máximo de sesenta días, a la espera de su expulsión, devolución o retorno. Tras el cierre definitivo del CIE de Málaga en junio de 2012 y el cierre temporal del CIE de Fuerteventura debido al descenso de llegada de pateras a la isla, existen operativos en nuestro país siete centros de internamiento situados en Algeciras (La Piñera e Islas Palomas, este último en Tarifa, pero dependiente administrativamente del primero), Barcelona (Zona Franca), Las Palmas de Gran Canaria (Barranco Seco), Madrid (Aluche), Murcia (Sangonera la Verde), Santa Cruz de Tenerife (Hoya Fría) y Valencia (Zapadores).

Según el Mecanismo Nacional para la Prevención de la Tortura, en 2014 fueron internados en los CIE un total de 7.340¹⁰, con la siguiente distribución en cada centro:

¹⁰ MECANISMO NACIONAL DE PREVENCIÓN DE LA TORTURA, *Informe 2014*, pág. 23. Disponible en: https://www.defensordelpueblo.es/es/Mnp/InformesAnuales/informeAnual_MNP_2014.pdf

Ciudadanos extranjeros internados en CIE en 2014 CIE	N.º de internados		
	Hombres	Mujeres	Total
Algeciras	1.827	174	2.001
Barcelona	1.251	0	1.251
Las Palmas	266	23	289
Madrid	1.886	98	1.984
Murcia	847	0	847
Tenerife	82	9	91
Valencia	775	102	877
Total general	6.934	406	7.340

Cuadro elaborado por el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura sobre datos proporcionados por la DGP (Comisaría General de Extranjería y Fronteras)

Cada uno de estos CIE presenta características propias no sólo por cuestiones arquitectónicas, de infraestructuras y servicios, sino también por las que les confieren las personas que se hallan privadas de libertad en él. Lógicamente no son las mismas las necesidades que puede presentar un CIE del archipiélago canario durante épocas de gran afluencia de pateras procedentes del continente africano que, por ejemplo, las que se observan en el CIE de Madrid, en el que quienes permanecen allí internados presentan perfiles más diversos. No obstante, todos los CIE comparten unas notas comunes.

A pesar de que el art 62 bis LOEx proclama que los CIE no tendrán un carácter penitenciario, lo cierto es que los CIE guardan un inquietante parecido con los centros penitenciarios, incluso alguno, como el de Algeciras está ubicado en una antigua prisión, llegándose a sostener que, en ciertos aspectos, los CIE son de peor condición que las prisiones. Así, por ejemplo, mientras que en las prisiones las funciones de custodia y tratamiento corren a cargo de funcionarios civiles especializados, los CIE son dirigidos y los internados custodiados por miembros del Cuerpo Nacional de Policía. Sin llegar a sugerir mala praxis general en la ejecución por la policía de esta delicada función, ha de tenerse en cuenta que los contextos de privación de libertad son proclives al abuso y que quien custodia, en este caso la Policía Nacional, detenta un intenso poder sobre las personas custodiadas, que se despliega sobre sus derechos, no sólo sobre los afectados por la privación de libertad y la necesidad de mantener el orden en el centro, sino que el ejercicio de otros derechos, como el de defensa o el derecho a la salud, están mediatizados y necesitan la colaboración de quienes

custodian para que su ejercicio sea posible. Es por ello que resulta imprescindible la existencia de mecanismos de control y de garantía de esos derechos. De estos mecanismos, nos referiremos a dos claves: la necesidad de una regulación de estos espacios y la figura de los jueces de control.

Los CIE fueron creados por la primera ley de extranjería, la LO 7/1985, y actualmente se encuentran regulados en los arts. 62 a 62 LOEx actualmente vigente, en el art. 258 ROEx y finalmente por 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 extranjeros (en adelante RCIE)¹¹. Un controvertido reglamento, considerado insuficiente por la mayoría en cuanto no garantiza debidamente el ejercicio de los derechos de los internos. Por poner dos ejemplos concretos: ni siquiera recoge resoluciones dictadas por los jueces de control en la mayoría de los CIE, como la necesidad de comunicar la expulsión a las personas internadas con una antelación suficiente para que puedan avisar a sus familiares o amigos¹², o numerosas recomendaciones del Defensor del Pueblo al respecto. Incluso en algunos aspectos, el nuevo reglamento supone un retroceso, así puede calificarse el que se consagre como regla general que la policía porte armas en el desempeño de las funciones de custodia y mantenimiento del orden (art. 11.4 RCIE). Y aunque algunos aspectos del nuevo marco normativo se han valorado positivamente, como el hecho de que el servicio de asistencia sanitaria esté bajo la responsabilidad de un médico perteneciente a la Administración General del Estado (art. 14.1 RCIE) o que los centros hayan de disponer de los correspondientes servicios de asistencia social (Art. 15.1 RCIE), estas previsiones positivas no han sido implementadas un año después de haber sido dictado el Real Decreto¹³. Apuntar por último

¹¹ Un comentario sobre el mismo en DAUNIS RODRIGUEZ, Alberto, “Reglamento de los centros de internamiento de extranjeros: una nueva oportunidad perdida”, en *Diario La Ley*, nº 8418, 11 de noviembre de 2014, año XXXV.

¹² En este sentido, vid. Auto de los Juzgados de control de Madrid, de 27 de febrero de 2012, del Juzgado de control de Las Palmas de 30 de marzo de 2012, o del Juzgado de control de Valencia de 21 de noviembre de 2012, entre otros.

¹³ Cabe destacar el extenso Auto de 31 de julio de 2015, dictado por la Magistrada Juez del Juzgado de Instrucción Núm. 8 de Las Palmas de Gran Canaria, con funciones de control del CIE. En él la juez de control constata el incumplimiento de numerosas disposiciones del Real Decreto: la administración del centro no se habría constituido conforme a lo preceptuado, ni se habría dotado al CIE de un médico perteneciente a la Administración General del Estado, ni se han implantado servicios de asistencia social, ni se habrían establecido acuerdos de colaboración con los colegios de abogados, etc. Asimismo, no se estaría garantizando el ejercicio de derechos fundamentales como el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho de defensa, el derecho a la intimidad personal y familiar o el derecho a la salud, entre otros. Dicha resolución requiere la subsanación inmediata de las vulneraciones, limitaciones y falta de garantías enumeradas debido a que habría transcurrido el plazo previsto de un año para la aplicación del RD 162/2014. El Ministerio del Interior, en la respuesta dada a través de sus servicios jurídicos, admite que incumple el Reglamento de los CIE y concluye que el *"auto judicial remitido podría conllevar una decisión de cierre del CIE de Barranco Seco y, dado que la situación denunciada es extrapolable al resto de centros, cabría resoluciones similares"*.

Esta falta de implementación del Reglamento CIE también viene siendo denunciada desde el tejido asociativo. Así, KARIBU, AMIGOS DEL PUEBLO AFRICANO, *Informe 2014, Subsaharianos en el CIE*

que la Sentencia del Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 2015 declaró nulos tres de sus preceptos: el que permitía ingresar varias veces a una persona por la misma causa hasta completar los sesenta días (art. 21.3 RCIE), el que autorizaba los cacheos y registros con desnudo integral (art. 55.2 RCIE) y el inciso del art. 7.3 en cuanto no aseguraba que los internos que formen una unidad familiar puedan permanecer juntos y en condiciones que aseguren su intimidad familiar. Por otra parte, el que no se detecte una mejora en las condiciones del internamiento explica que cada vez sean más las voces que piden su cierre¹⁴

Pero volvamos brevemente a los jueces de control. La función de velar por los derechos de los extranjeros internados inicialmente se encomendaba también al juez que decretaba el internamiento. Sin embargo, pronto se demostró que este Juez no podía cumplir debidamente tal cometido, entre otras razones porque en muchas ocasiones el internamiento se verificaba en centros distantes del lugar donde dicho juez ejercía su jurisdicción, lo que dificultaba el conocimiento del funcionamiento del centro y la comunicación con la persona privada de libertad. Es por ello que la LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley de extranjería, encomendó la función de control jurisdiccional de estos centros a los jueces de instrucción del lugar donde estén ubicados los CIE. Desde entonces, en algunos CIE la labor de estos jueces ha supuesto un importante avance en el respeto de los derechos de las personas internadas. Son a estos jueces a quienes podrán dirigirse los extranjeros y extranjeras privados de libertad, sus abogados o las asociaciones que trabajan en este ámbito para denunciar cuestiones como las siguientes: injustificadas limitaciones en las comunicaciones con el exterior, intervención no sólo visual sino también auditiva de lo que se comunica, incluso en las entrevistas con abogados, deficiencias en la asistencia sanitaria, aplicación de medios coercitivos, aislamiento de internos, cualquier actuación que suponga un atentado a la dignidad de la persona y un largo etcétera de situaciones que afectan a derechos fundamentales de los que el extranjero sigue siendo titular y los cuales deben ser tutelados por el juez de control.

Ha de reconocerse igualmente que estos jueces se enfrentan a importantes obstáculos en el desempeño de su función, como por ejemplo que no son ellos quienes autorizan el internamiento y, por lo tanto, a quienes correspondería poner fin al mismo. Ahora bien, en cuanto su función sí es velar por los derechos fundamentales de los internados, pueden en cualquier momento dirigirse al juez de instrucción que autorizó el internamiento o al director

de Madrid, págs. 13 y ss., disponible en: <http://www.asociacionkaribu.org/doc/KARIBU-informeCIE-2014.pdf>. También, SERVICIO JESUITA A MIGRANTES: *CIE y expulsiones exprés. Informe Anual 2014*, pág. 21, disponible en: <http://www.sjme.org/sjme/item/794-cie-y-expulsiones-expres>.

El artículo “Las calamitosas condiciones de internamiento en los CIE españoles”, de Cristina Manzanedo, incluido en este libro, ofrece un sistemático resumen.

¹⁴ Voces no sólo procedentes de la sociedad civil. Así, por ejemplo, el 2 de julio de 2015 la Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Parlamento de Cataluña aprobó la resolución que exige al Gobierno de Rajoy que inicie, en el plazo más breve posible, un proceso de cierre del centro que existe en Cataluña como los que tiene distribuidos en el resto de España.

del centro que también es competente para la puesta en libertad, solicitando el levantamiento de la medida de internamiento. Nada impediría, por otra parte, que estos jueces puedan autorizar salidas de los CIE en supuestos como nacimiento de un hijo, enfermedad grave o fallecimiento de un familiar u otros motivos importantes que requieran la presencia de la persona internada¹⁵.

IV. LA AUTORIZACIÓN DEL INTERNAMIENTO

Otro de los momentos clave en los que interviene el juez de instrucción es en la autorización del internamiento cuando la expulsión, devolución o retorno no puede ejecutarse en el plazo de setenta y dos horas (art. 60.1 LOEx y 15.3 RLOEx para el caso del retorno, art. 58.6 LOEx para las devoluciones y 62 LOEx para las expulsiones). De acuerdo con lo establecido en el art. 62.1 LOEx, el instructor del expediente podrá solicitar al juez de instrucción del lugar donde se ha producido la detención que disponga el ingreso del extranjero en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador, o las gestiones necesarias para ejecutar la expulsión, devolución o retorno ya decretados y el juez resolverá previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, de acuerdo con el principio de proporcionalidad y atendiendo a las circunstancias concurrentes. Ha de subrayarse que, lejos de tratarse de una autorización formal, el juez de instrucción ha de llevar a cabo un examen de la procedencia del internamiento de acuerdo con los principios de excepcionalidad, de proporcionalidad y de los principios derivados de su naturaleza de medida cautelar.

Conviene recordar que la constitucionalidad del internamiento adoptado en el marco de la ley de extranjería fue puesta en duda por el Defensor del Pueblo, planteando en su día un recurso de inconstitucionalidad frente a la LO 7/1985, entre otras razones por introducir la posibilidad de privar de libertad a los extranjeros en el marco de un procedimiento administrativo. Sustentaba el Defensor del Pueblo su alegación en la vulneración del art. 25.3 de la Constitución, en cuanto establece que *"la Administración civil no podrá imponer sanciones que directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad"*.

Justamente el argumento de que es un juez quien, a petición de la Administración, dicta el auto de internamiento, permitió al Tribunal Constitucional, en su Sentencia 115/1987, declarar que, sin perjuicio del carácter administrativo de la expulsión, la decisión acerca del internamiento es una decisión judicial y que, por lo tanto, no vulneraría el mencionado precepto constitucional¹⁶. Es decir, la constitucionalidad del internamiento se condiciona a

¹⁵ Recomendable la lectura de la ponencia "Los juzgados de control de Centro de internamiento de extranjeros de Madrid: creación, trayectoria y retos", incluida en este libro, del Magistrado RAMIRO GARCÍA DE DIOS, quien desde la creación de esta figura ha sido juez de control del CIE de Madrid.

¹⁶ Nótese cómo el Tribunal Constitucional concibe en esta resolución el art. 25.3 CE como una garantía relativa al órgano que decreta la privación de libertad –poder judicial versus administración- y no como una garantía por razón de la materia –ámbito penal versus derecho administrativo.

que la intervención del juez instructor no sea un mero acto formal, sino que suponga un control material de la procedencia del mismo, subrayando el Tribunal Constitucional ideas como que el internamiento “*debe regirse por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar*”, lo que exige “*la aplicación del criterio hermenéutico del “favor libertatis”*”, acentuando también el alto tribunal, y esto es asimismo importante, que el juez también deberá garantizar que el extranjero/a puede ejercer sus derechos de defensa frente a la decisión de internamiento: “*La decisión judicial no sólo controlará el carácter imprescindible de la pérdida de libertad, sino que permitirá al interesado “presentar sus medios de defensa”, evitando así que la detención presente el carácter de un internamiento arbitrario*” (son todas citas del FJ 1). uso excesivo del internamiento, en el sentido de que encontramos encerradas y pendientes de expulsión personas que no deberían serlo en aplicación de las garantías y principios

A pesar de la importancia material de dicho control, cuando uno se acerca a la realidad de los CIE no sólo se detectan problemas relacionados con las condiciones jurídicas y materiales del encierro, sino también derivados de un constitucional y legalmente consagrados. No es infrecuente encontrarse con personas con un intenso arraigo en nuestro país, con hijos menores a su cargo, incluso hijos de nacionalidad española, personas enfermas, posibles víctimas de trata o solicitantes de asilo, personas de países a los cuales resulta sumamente difícil expulsar porque no están documentadas o porque pertenecen a países que no aceptan la repatriación de sus nacionales, etc., casos en los que el internamiento no estaría justificado.

En la primera aproximación que pretende este artículo no procede profundizar en los criterios que ha de aplicar el juez de instrucción a la hora de autorizar o denegar el internamiento, pero sí apuntar unas ideas básicas, que fueron objeto de un análisis y debate más pormenorizado en las diversas mesas redondas del curso¹⁷.

En primer lugar, el internamiento posee un carácter excepcional, por lo que sólo se aplicará cuando resulte estrictamente necesario y siempre teniendo en cuenta la existencia de otras medidas cautelares para asegurar la eventual expulsión, enumeradas en el art. 61 LOEx, que termina haciendo mención a “*cualquier otra medida cautelar que el juez estime conveniente*”, lo que parece abrir la posibilidad a que el juez pueda, si lo estima conveniente, establecer alguna medida alternativa al internamiento.

Críticamente sobre esta interpretación, MONCLÚS MASÓ, *La gestión penal de la inmigración*, Ediciones del Puerto, Buenos Aires 2008, págs. 474 y ss.

¹⁷ Un tratamiento más en profundidad de estas cuestiones puede encontrarse en las aportaciones a este libro de TOMÉ GARCÍA: “La autorización del internamiento: principios rectores”, ROSSEL AGUILAR: “El juez de instrucción y la autorización de internamiento en CIE...”, y de FERNÁNDEZ OLALLA: “El fiscal ante la solicitud de internamiento y el artículo 57.7 LOEx. Criterios de actuación”

Según el principio de proporcionalidad, expresamente mencionado como criterio rector en el art. 62 LOEx, la privación y limitación de derechos que el internamiento conlleva sólo está justificada cuando resulta imprescindible para la protección de bienes y consecución de intereses que por su importancia justifican la restricción de derechos tan importantes como la libertad y de todos aquellos que el internamiento lleva aparejado. Al gran contenido aflictivo de la expulsión hay que añadir el contenido aflictivo propio de la privación de libertad en los CIE: el verse encerrado en un lugar de estructura y régimen marcadamente carcelario, en muchos casos con lo puesto en el momento de la detención, con importantísimas dificultades para comunicarse con el exterior, en ciudades donde muchas de estas personas carecen de apoyos, en centros que en ocasiones no tienen las condiciones exigibles para preservar la dignidad de las personas privadas de libertad, como es el CIE de Algeciras, antigua prisión que fue cerrada por carencia de condiciones. Se trata de lugares donde se sufren altísimos niveles de estrés y padecimiento psíquico, donde la salud se resiente, donde los tratamientos médicos se interrumpen y donde uno tiene indecibles dificultades para cuestiones tan perentorias como la de contactar con su abogado, y así un sinfín de limitaciones que deberían ponerse en la balanza a la hora de ponderar si desde el principio de proporcionalidad está justificado el encierro de personas en muchos casos extremadamente vulnerables, o de las que dependen otras que quedan desatendidas. Sin perder de vista que con todo ello se pretende sancionar en la mayoría de los casos una infracción administrativa¹⁸.

Y por supuesto no podemos olvidar que el internamiento es una medida cautelar, es decir que tiene por finalidad asegurar la ejecución de la expulsión, por lo que cuanto más difícil de ejecutar aparece la expulsión, más difícil de justificar deviene el internamiento. Ello exige que el juez de instrucción analice el presupuesto propio de todas las medidas cautelares, es decir, el denominado *bonus fumus iuris* o la apariencia de buen derecho, es decir, examinar si es probable que el procedimiento abierto concluya con la expulsión y si ésta se puede ejecutar. Hay que insistir en este enjuiciamiento, pues en los centros de internamiento encontramos también personas de países con los que no hay firmados convenidos de expulsión o personas a las que va a resultar muy difícil documentar y que no deberían ser internadas habida cuenta de su improbable expulsión.

¹⁸ Transcribo a continuación un fragmento del reciente e interesante informe *Subsaharianos en el CIE de Madrid*, op. cit.: “Seguimos constatando la inutilidad de un sistema de CIE que refleja un porcentaje bajísimo de expulsiones efectivas, y que en la práctica se convierte en una privación de libertad injustificada al no ser dirigida a facilitar la expulsión. El tiempo que las personas pasan en el CIE pasa además su factura: en absoluto sale gratis. Constatamos los perversos efectos que la estancia en el CIE tiene sobre aquellas personas que sin ser expulsadas son libertadas pasados los días, y cómo sus vidas se complican a veces de forma irreparable: pérdida del trabajo; de la habitación alquilada; de sus enseres personales que no pudieron recoger y nadie se los pudo acercar al CIE; el corte de suministros por impago de los recibos, etc. Muchas de ellas eran el sustento de su familia, que durante casi dos meses a veces ha quedado abandonada. A veces son liberadas por la noche, dejadas en medio de la calle sin un lugar a donde ir. Muchas fueron detenidas a cientos de kilómetros de Madrid, es Karibu como asociación la que afronta el coste del retorno a sus hogares” (pág. 3).

Asimismo, la expulsión puede resultar improbable desde una perspectiva jurídica, cuestión que el juez también ha de valorar. No se trata de que el juez de instrucción se pronuncie sobre la corrección o no de la medida de expulsión asumiendo una función que corresponde en su caso a la jurisdicción contencioso administrativa, pero sí puede realizar un juicio sobre la probabilidad de que finalmente no se imponga la sanción de expulsión o que ésta se levante o suspenda a la luz de la jurisprudencia sobre la materia. Un ejemplo concreto para ilustrar este razonamiento: durante un trabajo de campo que tuve ocasión de dirigir en el Centro de Internamiento de Aluche en el 2012 y que tenía por objeto conocer los perfiles humanos y jurídicos de las personas internadas, nos encontramos el caso de Mónica, de 18 años de edad, que fue traída por su familia a España siendo menor. Además del arraigo que Mónica tenía en nuestro país, en su caso destacaba el hecho de ser madre de un bebé de nacionalidad española, que había quedado al cuidado de la abuela. Si bien nuestra legislación de extranjería no recoge expresamente el tener un hijo de nacionalidad española como causa impeditiva de la expulsión, ello se deriva de otras consideraciones, singularmente del interés del menor que, por su nacionalidad española goza plenamente de los derechos de los nacionales españoles. Así, si la madre tuviera que llevarse al menor en su expulsión, se vulneraría el derecho de residencia y libre circulación de éste, que consagra el art. 19 de la Constitución Española. Si, por el contrario, se produjera la separación, se vería lesionado el derecho al sustento del menor, así como su derecho a la vida privada y familiar, que recoge el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Como hito jurisprudencial en esta cuestión, podemos citar la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 8 de marzo de 2011, emitida en el asunto C-34/09 (caso Ruiz Zambrano). El Sr. Ruiz Zambrano, nacional colombiano con dos hijos de nacionalidad belga, solicitó la residencia permanente en Bélgica y el pago de unas prestaciones por desempleo, siéndole denegadas ambas solicitudes. El Tribunal belga que examinaba la cuestión solicitó al Tribunal de Justicia saber si el Sr. Ruiz Zambrano podía residir y trabajar en Bélgica sobre la base del Derecho de la Unión. El TJUE resuelve afirmativamente, al entender que *“tal denegación del permiso de residencia tendrá como consecuencia que los mencionados menores, ciudadanos de la Unión, se verán obligados a abandonar el territorio de la Unión para acompañar a sus progenitores. Del mismo modo, si no se concede un permiso de trabajo a tal persona, ésta corre el riesgo de no disponer de los recursos necesarios para poder satisfacer sus propias necesidades y las de su familia, lo que tendrá también como consecuencia que sus hijos, ciudadanos de la Unión, se verán obligados a abandonar el territorio de ésta. En tales circunstancias, estos ciudadanos de la Unión, se verán, de hecho, en la imposibilidad de ejercer la esencia de los derechos que les confiere su estatuto de ciudadanos de la Unión”*¹⁹. Si el art. 20 del Tratado de Funcionamiento

¹⁹ La Sentencia concluye con la siguiente declaración: *“el art. 20 TFUE debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un Estado miembro, por un lado, deniegue a un nacional de un Estado tercero, que asume la manutención de sus hijos de corta edad, ciudadanos de la Unión, la residencia en el Estado miembro de residencia de éstos, del cual son nacionales, y, por otro, deniegue a dicho nacional de un Estado tercero un permiso de trabajo, en la medida en que tales decisiones privarían a dichos menores del disfrute efectivo de la esencia de los derechos vinculados al estatuto de ciudadanos de la Unión”*.

de la Unión Europea se opone a que el Estado deniegue permiso de residencia y trabajo a los padres de un nacional de la Unión, con más razón se opondrá a que ese padre o madre sea expulsado. Pues bien, a partir de estas consideraciones, y sin prejuzgar el caso concreto, el juez de instrucción debería negar la autorización del internamiento no sólo sobre la base del principio de proporcionalidad, sino también sobre las elevadas posibilidades que tienen de prosperar las excepciones a la expulsión en estos casos. Así sucedió en el caso de Mónica que finalmente fue puesta en libertad tras quince días de internamiento, no sin un primer intento de expulsión que logró evitar gracias a la desesperada resistencia física que opuso.

Las cifras sobre porcentajes de expulsiones desde CIE indicarían que no se está haciendo un uso restrictivo de esta medida. Según la información contenida en el *Informe 2014 del Mecanismo Nacional para la Prevención de la Tortura*, durante dicho año, de 7.340 extranjeros internados en los CIE, fueron expulsados 3.483. Ello supone que de todos los extranjeros internados tan sólo un 47,45% fue finalmente expulsado y el 52,55% puesto en libertad.

Expulsión de extranjeros internos en CIE en 2014

CIE	Número de internados	Número de expulsados	Porcentaje de expulsiones
Algeciras	2.001	644	32,18
Barcelona	1.251	552	44,12
Las Palmas	289	15	51,90
Madrid	1.984	1.237	62,34
Murcia	847	619	73,08
Tenerife	91	25	27,47
Valencia	877	391	44,58
Total	7.340	3.483	47,45

Fuente: Elaboración del MNPT a partir de datos facilitados por la DGP (Comisaría General de Extranjería y Fronteras).

¿Cómo puede el juez de instrucción, que no es un especialista en extranjería, valorar todas las circunstancias materiales y jurídicas que deben ser tenidas en cuenta a la hora de autorizar o denegar el internamiento? Desde luego no es tarea fácil y por eso se ha planteado que quizá debería corresponder a la jurisdicción contencioso-administrativa la decisión sobre el internamiento, por ser mejor conocedora del derecho de extranjería y por ser la jurisdicción que finalmente decide sobre el mantenimiento o no de la expulsión.

Pero al margen de propuestas de *lege ferenda*, es el juez de instrucción quien ha de decidir sobre el internamiento y resulta importante tener claro que no es la persona extranjera cuyo internamiento se solicita la que ha de probar que el encierro no está justificado, sino la policía en su solicitud y el juez de instrucción en el auto de autorización quienes deben motivar la necesidad y procedencia de la medida. Al respecto conviene recordar la existencia de la Circular 6/2014 de la Dirección General de la Policía sobre criterios para solicitar el ingreso de ciudadanos extranjeros en los centros de internamiento, circular cuyo cumplimiento ha de exigirse y que puede resultar muy útil al juez en su toma de decisión.

La Circular 6/2014 parte de que *“siendo un hecho objetivo y constatado la limitada capacidad de todos los centros de internamiento, así como el número considerable de peticiones de internamiento que se vienen realizando respecto de extranjeros cuya situación no siempre aconseja adoptar dicha medida cautelar; la combinación de ambos extremos precisa concretar una serie de circunstancias que concurren en los afectados, que han de ser valoradas y tenidas en cuenta por los instructores de los diferentes expedientes de repatriación, con el fin de que las peticiones de internamiento que dirijan a la Autoridad Judicial reflejen realmente la situación personal, social y familiar del ciudadano extranjero, así como la viabilidad de que pueda llevarse a efecto la medida de repatriación”*. En concreto esta circular obliga a los instructores a valorar *“la situación personal e individual de cada uno de los extranjeros sujetos a expedientes de repatriación e, igualmente, las posibilidades reales de que la resolución de repatriación pueda llegar a ejecutarse”* para lo que tendrán que indagarse sobre circunstancias como si tienen o no domicilio conocido, personas con quienes convive y vínculos familiares, si existen menores a su cargo, la existencia de arraigo, la edad, el estado físico y psíquico, si necesita tratamiento médico, si está provisto de documento de viaje, si será o no documentado por las autoridades consulares de su país, si es viable la ejecución de la expulsión, y otras circunstancias que enumera al circular. Ésta exige además que se consulte la información proporcionada por ACNUR antes de solicitar el internamiento, *“con el fin de conocer la situación (de conflicto bélico o de otra índole) del al que van a ser repatriados, o que la repatriación al mismo no implica para dicha persona riesgo para su vida o integridad física, o que no será objeto de penas o tratos inhumanos o degradantes o torturas”*. Por último la circular recuerda la existencia de otras medidas cautelares alternativas al internamiento.

Sin embargo, todo parece indicar que en la práctica las solicitudes policiales de internamiento no están cumpliendo las indicaciones señaladas, debiendo exigirse por el juez de instrucción solicitudes debidamente motivadas y documentadas, negando la autorización en caso contrario o exigiendo la información que estime necesaria. Recordemos también que el juez puede autorizar tiempos más cortos de internamiento y prologarlo o no a la luz de las actuaciones policiales llevadas a cabo de cara a la expulsión. Lo que no debe el juez es autorizar el internamiento pensando que desde el CIE el interno podrá demostrar lo que a su interés convenga. No sólo porque en el CIE es muy difícil cualquier gestión, sino además y fundamentalmente porque cuando una persona ingresa en un CIE, la prioridad absoluta de la

actuación policial es la expulsión. Los sesenta días es el tiempo máximo de internamiento, pero la expulsión se puede verificar en cualquier momento. Con frecuencia la necesaria documentación, la suspensión judicial de la expulsión o las revocaciones por la Audiencia Provincial de los autos de internamiento llegan demasiado tarde, cuando la persona ya ha sido expulsada.

V. LAS DENOMINADAS “EXPULSIONES EXPRÉS”. HABEAS CORPUS Y MEDIDAS CAUTELARES SUSPENSIVAS.

Se ha dado en llamar “expulsiones exprés” a aquellas que se realizan desde comisaría dentro del plazo de 72 horas y, por tanto, sin tener que solicitar autorización judicial de internamiento. Las “expulsiones exprés” hacen referencia a una realidad bastante más desconocida que la de los centros de internamiento, desconocimiento que contrasta con su importancia, ejecutándose en la actualidad bastantes más expulsiones desde comisaría que desde los CIE. Según los datos aportados por el Gobierno a petición de un diputado del grupo mixto, durante 2013 fueron expulsadas 4.726 personas desde los CIE y 6.464 desde comisaría²⁰.

En este epígrafe mencionaremos algunos de los problemas jurídicos que suscitan estas prácticas y las funciones que corresponden al juzgado de instrucción. Sin embargo, quisiera empezar llamando la atención sobre su impacto humano, en tanto significan que una persona puede salir una mañana de su casa y en plazos muy breves, de 30, 40 horas en muchos casos, son montados por la fuerza en un avión y devueltos a sus países de origen o a terceros países sin que en la mayoría de los casos les dé tiempo a defenderse, ni siquiera a despedirse de familia o amigos. Y como el impacto que tienen estas prácticas sobre las personas se entiende mejor poniéndoles cara y nombre, me permito transcribir el fragmento de un artículo titulado “*Nos maiorum: otra política sobre inmigración*”, publicado en El País el 23 de octubre 2014, firmado por Araceli Manjón-Cabeza, también profesora de Derecho penal y entonces Secretaria General de la Universidad Complutense de Madrid, en el que se reflexiona sobre estas prácticas y da cuenta de un caso que vivió muy de cerca:

“No se tienen en cuenta las circunstancias personales, y ahora estoy hablando de un caso real, pero no único: Edgar (nombre ficticio) entra en España siendo menor de edad y buscando la reagrupación familiar; al alcanzar los 18 años recibe la orden de expulsión; estudia en un centro público; tiene domicilio conocido en España, en el que vive con sus familiares, que tienen trabajo legal y permiso de residencia y están próximos a conseguir la nacionalidad; no tiene antecedentes penales; sueña con su regularización y tiene cita en pocos días con las autoridades para hacerla real. La detención se produce al salir del instituto —iban buscándole, no fue una

²⁰ Desde la experiencia de la intervención social y defensa de los derechos en estos ámbitos, vid la ponencia de TRILLO FIGUEROA, José María: “Expulsión exprés”: garantías de una práctica extendida”, también en este libro.

detención casual, ni aleatoria—; se avisa a un abogado de oficio un día después, viernes por la tarde, cuando ya no hay tiempo de acudir a los juzgados, solo al de guardia, que desestima la solicitud de suspensión antes de que sus familiares, ya de madrugada, aporten documentos que acreditan el arraigo de Edgar en España; la decisión no se revoca, a pesar de la petición de la familia. Y el sábado por la mañana se produce la expulsión, con lo que llevaba puesto en el momento de la detención, sin permitir que se despida de su familia que lleva varias horas dando tumbos con una mochila que no consiguen entregarle. Solo una brevísima llamada para decir que se lo llevan en un par de horas. La familia acude rápidamente a la brigada para verle, pero ya va camino del aeropuerto. El jueves, Edgar salió de casa para ir al instituto y no le han vuelto a ver.

Lo único que Edgar tenía en contra era una orden de expulsión, que está recurrida, y una multa sin pagar, pero le deportan antes de que se resuelva el recurso. ¿De qué sirve entonces el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva?

Lo que le espera: llegar a uno de los países más violentos del mundo, en Centroamérica, donde a nadie tiene y donde puede acabar engrosando las filas del sicariato o sufrir la acción de una violencia que no respeta a nadie. Hay países en los que no existen oportunidades para nadie —salvo las que ofrecen las mafias—, y menos para quienes han sido arrancados de su entorno familiar estructurado. Y hay un principio humanitario básico que dice que no se puede proceder a la expulsión a lugares en los que se vive una situación de violencia extrema”

Estos casos se están produciendo en nuestro país. Efectivamente, se trata de personas que tienen una orden de expulsión, pero en ciudades como Madrid prácticamente cualquier persona extranjera que lleva algún tiempo en situación irregular tiene una orden de expulsión, sobre todo si su fenotipo no concuerda con el que se les supone a los nacionales españoles. En muchos casos son órdenes de expulsión que fueron dictadas hace bastante tiempo, pudiendo haber cambiado las circunstancias de la persona en cuestión, puede haberse casado, puede haber tenido hijos, encontrado un trabajo o estar en proceso de regularización. Desde el punto de vista jurídico, se trata en la mayoría de los casos de personas sobre las que ha recaído una orden de expulsión y la detención se presentaría como una medida cautelar para el ejecución compulsiva de la repatriación. Sin embargo, como toda ejecución forzosa de un acto administrativo, existen unas garantías que hay que respetar, también en el ámbito de la extranjería.

La detención para la ejecución de una orden de expulsión configura un marco jurídico complejo que se analiza con detenimiento en el artículo, incluido en este libro, de José Alberto Navarro Manich titulado “La ejecución forzosa de las órdenes de expulsión mediante detención, privación de libertad e inmediata expulsión: la necesaria habilitación previa mediante acto administrativo dictado de conformidad con el principio de proporcionalidad. Por ello me limitaré a apuntar cómo el juez de instrucción puede estar llamado a intervenir como juez de garantías.

En primer lugar, estamos ante supuestos en los que una persona es detenida y privada de libertad por lo que tiene los derechos que nuestro ordenamiento reconoce a esta situación, como es el derecho al habeas corpus, instrumento de protección de la libertad personal frente a la eventual arbitrariedad de los agentes del poder público y cuyo conocimiento es competencia precisamente el juez de instrucción. Son muy variadas las circunstancias por las que en el caso en concreto pudiera estimarse que esa persona está privada de libertad ilegalmente de acuerdo con lo dispuesto en el art. 1 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de «Habeas Corpus».

También puede ser relevante a los efectos del habeas corpus analizar las prácticas policiales en las que la detención trae causa. Puede haber tenido lugar en dispositivos policiales establecidos con el fin de detectar ciudadanos extranjeros en situación irregular, práctica ésta que carece de cobertura legal a la luz de la LO Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana, cuyo art. 16 sólo permite a los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado requerir la identificación cuando existen indicios de que la persona requerida ha cometido una infracción o para prevenir la comisión de delitos. Estos presupuestos no concurren en los dispositivos policiales que de forma más ostentosa o discreta durante años han tenido lugar con el fin de detectar a personas en situación administrativa irregular y en los que las personas a las que se requiere la identificación se seleccionan sobre el dato distintivo del perfil étnico. Esta práctica ha quedado proscrita por la nueva Ley de seguridad ciudadana, que además prohíbe expresamente la discriminación por razón de nacionalidad, origen racial o étnico en los requerimientos de identidad²¹. Es sólo un ejemplo de las actuaciones que pueden determinar la ilicitud de la detención.

Las cifras son elocuentes. Según habría informado la Dirección General de la Policía, durante el año 2014 se habrían practicado un total de 38.419 identificaciones, en base al artículo 22 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana, ya derogada. Del total, 19.658 se practicaron a ciudadanos extranjeros y, de ellas, 8.041 en Madrid. Durante el mismo año, el número de detenciones con ingreso en calabozos de ciudadanos extranjeros por infracción de la Ley de extranjería fue de 42.245²²

Resulta asimismo interesante poner de manifiesto que no es tan fácil conseguir repatriar en plazos tan breves y que algunas de las prácticas policiales que se estarían realizando para conseguirlo serían contrarias al ordenamiento jurídico nacional e

²¹ Sobre esta problemática, vid. MARTINEZ ESCAMILLA, Margarita y SÁNCHEZ TOMÁS, José Miguel: “Controles de identidad, detenciones y uso del perfil étnico en la persecución y castigo del inmigrante ‘sin papeles’: ilegalidad e inconstitucionalidad de determinadas prácticas policiales”, en Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 1025 y ss.

²² Informe 2014 del MECANISMO NACIONAL PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA, pág. 21. Disponible en: https://www.defensordelpueblo.es/es/Mnp/InformesAnuales/informeAnual_MNP_2014.pdf

internacional, como cuando se requiere a la persona extranjera para que se pase por comisaría para un asunto de su interés, siendo detenida cuando así lo hace y procediéndose a su. Estas prácticas fueron declaradas contrarias al art. 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 5 de febrero de 2002, asunto Conka vs Bélgica, resolución comentada con mayor detalle por José Miguel Sánchez Tomás el su artículo también incorporado en este libro. Se trata aquí sólo de poner un ejemplo más de prácticas a las que los juzgados de instrucción tienen que estar bien atentos a la hora de enjuiciar la legalidad de la detención.

Para quien este artículo constituya una primera aproximación a la realidad de expulsión, resultará interesante saber que las expulsiones desde comisaría y las prácticas policiales dirigidas a la detención de extranjeros en situación irregular están en parte relacionadas con los denominados “vuelos macro”. Las expulsiones pueden ejecutarse en vuelos regulares, lo que, además del elevado coste del billete de la persona expulsada y de los billetes de los agentes de policía que en muchos casos la custodian, conlleva el riesgo de que la expulsión no pueda practicarse si la persona extranjera se resiste y el responsable del vuelo se niega a llevarla en esas condiciones. Junto con esta modalidad, encontramos la de los “vuelos macro”, consistente en fletar aviones destinados específicamente a expulsiones. Dichos vuelos pueden ser organizados por la Comisaría General de Extranjerías y Fronteras, para lo cual se vienen firmando contratos con Air Europa y Swift Air, o bien son organizados por FRONTEX (Agencia europea para el control de la frontera exterior) cuando afectan a varios países de la Unión Europea^{23 24}. Según denuncian las organizaciones que trabajan con migrantes, la programación de vuelos macro suele coincidir con la intensificación de las actuaciones policiales con el fin de detectar nacionales de los países destino de los vuelos.

Por último, es posible que el juez de instrucción de guardia tenga que resolver sobre las medidas cautelares de suspensión frente a órdenes de expulsión, si estas se plantean en fines de semana y/o días festivos, que son inhábiles para la jurisdicción contencioso-administrativa. En estos casos, el juez de instrucción tendrá que entrar de lleno en materia de extranjería y valorar cuestiones como la posibilidad de que se produzca una la revocación de la orden de expulsión, tanto en la jurisdicción contencioso-administrativa como en la Delegación del Gobierno. Sin embargo, con frecuencia el extranjero detenido no tendrá ocasión de alegar lo que a su derecho convenga, ni por la vía del *habeas corpus* ni a través de la presentación de una medida cautelar de suspensión, habida cuenta de la rapidez con la que se ejecuta la expulsión y porque hay provincias en las que se deniega en estos casos la asistencia al

²³ Un análisis crítico de estas prácticas en CAMPAÑA ESTATAL POR EL CIERRE DE LOS CIE: *Paremos los vuelos. Las deportaciones de inmigrantes y el boicot a Air Europa*, Ed. Cambalache, 2014.

²⁴ En el Anexo VII del Informe 2014 del MECANISMO NACIONAL PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA, se recogen el número de expulsiones llevadas a cabo en 2014 según el tipo de dispositivo empleado. Anexo disponible en: https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/07/7_ANEXOVUELOS_Y_BARCOS2.pdf

detenido. Esta situación ha generado preocupación en diferentes ámbitos jurídicos, como no podía ser de otra manera en el Consejo General de la Abogacía, cuya Subcomisión de Extranjería ha dictado un *Protocolo de actuación en supuesto de ejecución en el plazo de 72 h. de expulsiones, devoluciones y denegaciones de entrada* ²⁵

También el Defensor del Pueblo ha mostrado su preocupación por la realidad de las expulsiones desde comisaría y por la dificultad que conllevan para el ejercicio de los derechos de los que las personas extranjeras siguen siendo titulares, habiendo realizado multitud de recomendaciones al respecto, que sistematiza y analiza Eugenia Relaño Pastor en su contribución a este libro. A modo de ejemplo, podemos mencionar la “Recomendación 154/2012, de 4 de diciembre, formulada a la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, sobre la expulsión de personas extranjeras, con el fin de que se realicen tras la notificación a la persona legitimada, y para que esta disponga del tiempo suficiente para recurrir”, en la que el Defensor del Pueblo alerta de la práctica consistente en notificar la resolución de expulsión al tiempo que se traslada a la persona al aeropuerto, lo que se ha constatado en el caso de extranjeros detenidos tras su excarcelación. Se trata de expulsiones simultáneas a la notificación, que a juicio del Defensor del Pueblo “pueden crear serias dificultades para que la persona afectada o su representante legal interpongan un recurso efectivo ante una instancia nacional que permita la adopción de una medida cautelar de suspensión. De afirmarse esta situación de perjuicio, estos hechos pueden vulnerar, entre otros, el artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el derecho de defensa y de tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24 de nuestra Constitución”.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

La anterior recomendación no es sino una de las muchas en las que el Defensor del Pueblo manifiesta su preocupación en relación con los procedimientos y actuaciones analizados en este artículo. La vulneración de los derechos de las personas inmersas en procedimientos de devolución, expulsión o retorno es algo que preocupa también a otras instituciones y organizaciones con competencia en materia de derechos humanos. Así, recientemente, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, en sus *Observaciones al sexto informe periódico presentado por España*, aprobadas por el Comité en su 114 periodo de sesiones (29 de junio de 2015), en relación con las cuestiones abordadas, muestra su inquietud por la persistencia de los controles policiales basados en los perfiles raciales y étnicos (observación 8), “le preocupa el uso recurrente de la privación de libertad a inmigrantes en situación irregular” así como las denuncias de malos tratos por parte de los agentes del Estado en los CIE, recomendando al gobierno español la adopción de medidas

²⁵ SUBCOMISIÓN DE EXTRANJERÍA, CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA, *Protocolo de actuación en supuesto de ejecución en el plazo de 72 h. de expulsiones, devoluciones y denegaciones de entrada*. Disponible en: <http://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2015/05/ExpExpresF.pdf>

para evitar “el uso recurrente de la detención a los solicitantes de asilo, y garantizar que la detención de los extranjeros sea siempre razonable, necesaria y proporcionada en vista de sus circunstancias individuales; que se recurra a la detención durante el periodo más breve que proceda y únicamente si se han examinado debidamente y considerado inapropiadas las alternativas existentes. Asimismo, debe tomar todas las medidas necesarias para que todas las denuncias de tortura o malos tratos sean investigadas de manera rápida, completa e independiente y que los responsables comparezcan ante la justicia” (observación 15). En cuanto a las condiciones de los CIE, lamenta las condiciones imperantes en algunos y recomienda al Estado “velar porque se disponga en todos los centros de instalaciones sanitarias, de conformidad con lo dispuesto en el art. 10 del Pacto y con las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para el tratamiento de los reclusos”(observación 16). Asimismo, el Comité muestra su preocupación tanto por las denominadas “devoluciones en caliente” como por la práctica de las “devoluciones exprés” (observación 18).

Por su parte, el Comité para la Prevención de la Tortura del Consejo de Europa ha publicado en abril de 2015 el Informe al Gobierno español sobre la visita a España del Comité europeo para la prevención de la tortura, del 14 al 18 de julio de 2014 [CPT/Inf (2015) 19] ²⁶, realizada con el fin de examinar ciertos aspectos del trato dispensado a ciudadanos extranjeros en Melilla, así como el examen de la implementación de recomendaciones realizadas por el Comité en 2011 sobre el CIE de Barcelona y de Madrid. Dicho informe recomienda insistentemente a las autoridades españolas la adopción medidas para erradicar los malos tratos en ambos CIE, incluyendo las necesarias investigaciones y la formación de los agentes de policía. En cuanto a las condiciones de la detención, el Comité constata el entorno carcelario en que se verifica e insta a que se evite, incluyendo recomendaciones concretas, como asegurar el acceso a los baños en cualquier momento, incluida la noche, retirar las contraventanas para permitir la entrada de luz natural, evitar la separación física en las visitas, evitar que la policía lleve porras dentro de los CIE, entre una larga lista de recomendaciones también referidas a la asistencia sanitaria o la ejecución de las expulsiones.

En las contribuciones que integran este libro, el lector podrá encontrar un desarrollo en mayor profundidad de muchas de las cuestiones analizadas en el presente artículo, en el que he pretendido ofrecer una panorámica general de los escenarios relacionados con las repatriaciones de ciudadanos extranjeros en los que se ven comprometidos derechos fundamentales y en los que el juez penal está llamado a una irrenunciable función de garantía.

²⁶ Informe disponible en: <http://www.cpt.coe.int/documents/esp/2015-19-inf-eng.pdf>

DETENCIÓN, INTERNAMIENTO Y EXPULSIÓN DE CIUDADANOS EXTRANJEROS EN SITUACIÓN IRREGULAR: MARCO COMUNITARIO E INTERNACIONAL

José Miguel Sánchez Tomás

Prof. Titular de Derecho Penal. Universidad Rey Juan Carlos (Madrid)
Letrado del Tribunal Constitucional

RESUMEN DE LA PONENCIA: El objeto de este trabajo es exponer los aspectos más relevantes a los que debe atender el juez de garantías para autorizar la medida cautelar de internamiento de ciudadanos extranjeros en situación de irregularidad migratoria y la lectura que cabe hacer de algunos de ellos desde la perspectiva del derecho comunitario y el derecho regional e internacional de los derechos humanos. Se incide en la necesidad de que en este análisis el juez de garantías valore, entre otros, los aspectos relativos a la legalidad de la detención que posibilita la comparecencia de internamiento y, en el marco de la concurrencia de los requisitos necesarios para garantizar la proporcionalidad de la medida vinculados tanto al *periculum in mora* como al *bonus fumus iuris*, la posibilidad material y jurídica de ejecutar una eventual expulsión vinculados al principio de no devolución y el respeto a la intimidad familiar y personal.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ASPECTOS RELEVANTES PARA EL INTERNAMIENTO VINCULADOS A LA (I)LEGALIDAD DE LA PREVIA PRIVACIÓN DE LIBERTAD. 1. La (i)legalidad del control de identidad: A) La base jurídica de los requerimientos de identificación en la legislación de seguridad ciudadana; B) El uso del perfil racial. 2. La (i)legalidad de las conducciones a Comisaría; 3. La ilegalidad de los requerimientos fraudulentos de personación en Comisaría. III. ASPECTOS RELEVANTES PARA EL INTERNAMIENTO VINCULADOS A LA POSIBILIDAD JURIDICA DE EJECUTAR LA EXPULSION: 1. El principio de no devolución; 2. El respeto al derecho a la intimidad familiar y personal (art. 8.1 CEDH). IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 61.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx) -[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544> - establece, entre las medidas cautelares a adoptar en el marco de un procedimiento sancionador en materia de extranjería, que “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: (...) e) Internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento”.

Es bien conocido el hecho de que fue la STC 115/1987, de 7 de junio, FJ 1, *-[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/847> - la que enjuiciando a petición del Defensor del Pueblo la constitucionalidad del ya derogado artículo 26.2, párrafo segundo, de la ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España -[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1985-12767> - estableció, por un lado, y desde la perspectiva de la competencia para adoptar esa decisión restrictiva de la libertad ambulatoria, que “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”; y, por otro, y desde la perspectiva de la naturaleza de la medida y de los aspectos relevantes a ponderar en esa decisión judicial, que “el internamiento del extranjero debe regirse por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar” y que ese “carácter excepcional exige la aplicación del criterio hermenéutico del favor libertatis, lo que supone que la libertad debe ser respetada salvo que se estime indispensable la pérdida de libertad del extranjero por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial”.*

Este pronunciamiento ha determinado que en las sucesivas regulaciones legales de la medida cautelar de internamiento por motivos de irregular situación migratoria se haya hecho especial incidencia en que (i) la decisión de internamiento está reservada a un órgano judicial, que en el caso de la vigente normativa de extranjería es el juez de instrucción del lugar donde se practique la detención (art. 62.6 LOEx); y (ii) que esta decisión, como toda medida cautelar, debe responder a estrictos criterios de excepcionalidad y proporcionalidad que deben quedar plasmados en un Auto motivado tanto en lo relativo a las razones que justifican su adopción (art. 62.1 LOEx) como al tiempo durante el que puede mantenerse la privación de libertad (art. 62.2 y 3 LOEx).

En atención a esta regulación y a todos los derechos e intereses constitucionales implicados en esta decisión de internamiento, son muy diferentes los aspectos relevantes que el juez que debe adoptarla, en su función de juez de garantía del derecho a la libertad de los ciudadanos, está llamado a analizar. Del mismo modo, debe repararse en que este tipo de internamiento viene regulado en los artículos 15 a 18 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 (Directiva de retorno) *-[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: <http://www.boe.es/doue/2008/348/L00098-00107.pdf> -, por lo*

que hay implicadas consideraciones que el juez de garantía son puede obviar en su función de juez de derecho comunitario. Igualmente, también afecta a la garantía del derecho a la libertad reconocido tanto en el artículo 5.1.f) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950 (CEDH) -[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-24010> - como en los artículos 9 a 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (PIDCP) -[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1977-10733 -, por lo que hay implicadas consideraciones relativas del derecho regional e internacional de los derechos humanos que también deben ser convenientemente atendidas.

En este estudio, por razones evidentes, no pueden analizarse en profundidad todos estos aspectos. Me concentro únicamente en algunos que me parecen de especial relieve y, además, atendiendo de manera preferente a su lectura desde la perspectiva del derecho comunitarios y del derecho regional e internacional de los derechos humanos. En concreto, me detendré en los aspectos relevantes para el internamiento vinculados a la legalidad o ilegalidad de la previa privación de libertad del extranjero (II), para, posteriormente, incidir en aquellos vinculados a la eventual imposibilidad jurídica de ejecutar una expulsión por razones conectadas con la vulneración de derechos fundamentales (III).

II. ASPECTOS RELEVANTES A VALORAR EN LA VISTA DE INTERNAMIENTO VINCULADOS A LA (I)LEGALIDAD DE LA PREVIA PRIVACION DE LIBERTAD

La decisión sobre internamiento de un ciudadano extranjero en el marco de un procedimiento administrativo sancionador en materia de extranjería, de conformidad con lo establecido en el art. 62 LOEx, se produce tras el desarrollo de una vista en que el juez de instrucción del lugar donde se practicó la detención del extranjero, ponderando la solicitud formulada por el instructor del procedimiento administrativo, y tras dar trámite de audiencia al interesado y al Ministerio Fiscal, dicta un Auto motivado sobre el particular.

Hay dos circunstancias importantes en esta regulación que resultan relevantes para determinar la amplitud del análisis a desarrollar por el órgano judicial competente. La primera es que la competencia objetiva, a pesar de que la privación de libertad trae causa de una actuación administrativa, se ha hecho radicar en el orden penal y más concretamente en el juez de instrucción. La segunda es que el foro de competencia territorial se residencia en el lugar de la detención. Ambas decisiones legislativas recuerdan a la regulación establecida en el art. 2 de la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de Habeas Corpus (LOHC) -[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1984-11620> -, y ello es indicativo de que se pretende del juez de instrucción algo distinto y superior a un mero análisis de la concurrencia de los elementos necesarios para acordar la medida cautelar. La LOEx ha

configurado la intervención del juez de instrucción como un verdadero y genuino juez de garantías de la privación de libertad. Ha confiado en el juez de instrucción esta decisión no solo por las semejanzas que pudiera tener, salvando todas las distancias, con decisiones relativas a la adopción de medidas cautelares en el proceso penal, sino, especialmente, porque la presencia del ciudadano extranjero ante su autoridad se ha derivado de una previa detención y, con ello, de una de las intervenciones más invasivas que sobre el derecho a la libertad puede adoptar la autoridad gubernativa y, además, respecto de una conducta del detenido que, en ningún caso, y nadie puede olvidarse de ello, es constitutiva de un ilícito penal. La privación de libertad cautelar en materia de extranjería está en un muy complicado equilibrio con el art. 25.3 CE, en tanto prohíbe que la Administración civil pueda imponer sanciones que, directa o indirectamente, impliquen privación de libertad. De ese modo, sin entrar ahora a desarrollar los argumentos que permiten defender la inconstitucionalidad misma del internamiento por vulneración del art. 25.3 CE, lo que sí resulta indubitado es que la pretensión del legislador es que el juez de instrucción que debe autorizar el internamiento preste una especial atención no solo a las circunstancias que justifiquen el internamiento, sino, más allá de ello, y como juez de garantía de la libertad que es, analice también la legalidad de la propia detención del ciudadano extranjero. Este análisis, por otro lado, no solo debe desarrollarse cuando así sea requerido por la asistencia letrada del ciudadano extranjero, sino que es un análisis que un juez de garantías, que se considere como tal, debe afrontar de oficio por imposición del carácter especialmente tuitivo que en el marco de una democracia constitucional tiene la necesidad del respeto a los derechos fundamentales.

A esos efectos, no puede dejar de recordarse la importancia que tiene, desde la perspectiva del art. 11 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (LOPJ) -[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-12666> -, que la previa detención se haya desarrollado con pleno respeto a las garantías constitucionales. En caso contrario, y derivada de una indubitada conexión de antijuridicidad, la decisión del juez de garantías sólo podrá ser la de decretar la libertad del ciudadano extranjero sin poder pronunciarse sobre la solicitud de internamiento. Esta es una consecuencia ineludible que ya ha sido defendida en diferentes ocasiones por el Tribunal Constitucional, pudiendo citarse a modo de ejemplo, la SSTC 82/2003, de 5 de mayo, FJ 5 -[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/4857> -; o 121/2003, de 16 de junio, FJ 3 -[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/4896> -.

En conclusión, el juez competente para pronunciarse sobre la procedencia del internamiento debe inexcusablemente analizar la legalidad de la previa privación de libertad de que ha sido objeto el ciudadano extranjero por parte de la autoridad administrativa al ser un presupuesto necesario, ex art. 11 LOPJ, para poder autorizar el internamiento. Esta circunstancia convierte el análisis de la legalidad de la previa detención

en uno objeto más de la vista de internamiento que, como tal, está sometido a las alegaciones de la partes y, en su caso, a la práctica de la prueba cuando haya dudas fácticas sobre las circunstancias de la detención. La necesidad de práctica de prueba asociada a este objeto deberá ser especialmente atendible en estos casos ya que en las vistas de internamiento no suelen estar presente los agentes que llevaron a cabo la detención y son circunstancias a las que no se suele hacer mención en las solicitudes de internamiento. Ese análisis, además, debe hacerse tanto a instancia de parte como de oficio en tanto que el juez de garantías pueda albergar dudas sobre el escrupuloso respeto a los derechos constitucionales del privado de libertad.

Los concretos aspectos más problemáticos que pueden plantearse en esta materia y que serán abordados a continuación se refieren a los controles de identidad en que sea localizado el ciudadano extranjero, incluyendo el uso de perfiles étnicos (1); la conducción a comisaría a resultados del resultado del control de identidad (2), y los requerimientos fraudulentos para comparecer en Comisaría con fines de detención (3).

1. La (i)legalidad del control de identidad:

Uno de los supuestos más comunes en que se viene produciendo la detención de inmigrantes en situación de irregularidad migratoria son los controles policiales practicados en vías y lugares públicos en que se requiere la identificación de transeúntes especialmente de aquellos que muestran ciertos rasgos raciales o perfiles étnicos que pudieran ser indicativos de que son migrantes.

La práctica de este tipo de requerimientos de identificación no debe infravalorarse si se atiende a las cifras que aporta el Ministerio del Interior en sus anuarios estadísticos [en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: <http://www.interior.gob.es/web/archivos-y-documentacion/anuario-estadistico-2013> -. Los resultados que arrojan muestran un panorama absolutamente descontrolado y desproporcionado impropio de un Estado de derecho en que la libertad se proclama como un valor superior del ordenamiento jurídico (art. 1.1 CE). Estos números, referidos exclusivamente a controles de identidad practicados al amparo de la legislación de seguridad ciudadana, son indicativos de un verdadero estado policial en que los jueces, encargados del control de la legalidad y la proporcionalidad de la actuación de la autoridad gubernativa, no parecen tener nada que decir en defensa de los derechos ciudadanos. En el año 2010 se practicaron 7.102.059 controles; en el año 2011 fueron 8.773.862; en el año 2012 la cifra fue de 7.958.526; y en el año 2013, último del que se tienen cifras oficiales, se alcanzó la cifra de 6.580.050 actos de requerimiento de identificación. Ello significa que si se toma en consideración el total de la población censada en España y se entendiera que cada acto de control se ha desarrollado en relación con un ciudadano distinto cada vez, las fuerzas y cuerpos de seguridad españoles han controlado la identidad al 15,05 % de la población en 2010; al 18,56 % en 2011; al 17,03 % en 2012; y al 14,15 % en 2013. Con esta progresión

estadística puede decirse que desde el año 2010 y hasta finales del año 2015 el 100% de las personas censadas en España habrá sido sometido a un requerimiento de identificación callejero por la policía.

De ese modo, resulta necesario, en primer lugar, analizar cuál es la base jurídica de estos requerimientos de identificación en la legislación de seguridad ciudadana (A), para, posteriormente, y en la idea de que en realidad estos actos de control no se reparten de una manera uniforme entre toda la ciudadanía censada en España, sino que inciden especialmente en ciudadanos con rasgos étnicos o raciales indicativos de su carácter migrante, el uso de perfiles raciales en la actuación policial (B).

A) La base jurídica de los requerimientos de identificación en la legislación de seguridad ciudadana:

La Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana (LOPSC 2015) [-en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3442 – entra en vigor el 1 de julio de 2015 y a partir de ese momento sustituye a la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección de la seguridad ciudadana (LOPSC 1992) [-en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1992-4252> –, representando la nueva base jurídica de regulación de los controles de identidad callejeros.

A esos efectos, dos son los preceptos de la LOPSC 2015 que inciden sobre la institución de los controles de identidad. El artículo 17, intitulado, “*Restricciones del tránsito y controles en las vías públicas*”, establece en su apartado 2, que “*Para la prevención de delitos de especial gravedad o generadores de alarma social, así como para el descubrimiento y detención de quienes hubieran participado en su comisión y proceder a la recogida de los instrumentos, efectos o pruebas, se podrán establecer controles en las vías, lugares o establecimientos públicos, siempre que resulte indispensable proceder a la identificación de personas que se encuentren en ellos, al registro de vehículos o al control superficial de efectos personales*”. Este precepto, habida cuenta del presupuesto jurídico habilitante, referido exclusivamente a supuestos que tiene que ver con la prevención o comisión de ilícitos penales, es evidente que no puede servir de base jurídica a los requerimientos de identificación tradicionales que están sirviendo para la localización de migrantes en situación de irregularidad administrativa.

El art. 16, intitulado “*Identificación de personas*”, establece en su apartado 1 que “*En el cumplimiento de sus funciones de indagación y prevención delictiva, así como para la sanción de infracciones penales y administrativas, los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir la identificación de las personas en los siguientes supuestos:*

- a) *Cuando existan indicios de que han podido participar en la comisión de una infracción.*

b) Cuando, en atención a las circunstancias concurrentes, se considere razonablemente necesario que acrediten su identidad para prevenir la comisión de un delito”.

En principio, este es el único precepto de la LOPSC 2015 que podría servir de base jurídica para estos controles de identidad con fines de control de la legalidad migratoria. Ahora bien, es de interés destacar que el art. 16 LOPSC 2015, a diferencia del art. 20.1 LOPSC 1992, regula con mayor precisión y limitaciones el presupuesto habilitante de esta actuación policial. En efecto, el tenor de art. 20.1 LOPSC 1992 era ciertamente ambiguo e impreciso al establecer que “Los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir, en el ejercicio de sus funciones de indagación o prevención, la identificación de las personas y realizar las comprobaciones pertinentes en la vía pública o en el lugar donde se hubiere hecho el requerimiento, siempre que el conocimiento de la identidad de las personas requeridas fuere necesario para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomiendan la presente Ley y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad”, ya que el presupuesto habilitante del requerimiento de identificación se vinculaba con un poco conciso concepto de necesidad para el ejercicio de las funciones de protección de la seguridad que a los agentes encomiendan la presente Ley y la Ley Orgánica de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Por el contrario, el art. 16.1 LOPSC 2015 establece una redacción francamente mejorada por su precisión que en buena medida trae causa en las acertadas observaciones realizadas por el Consejo General del Poder Judicial, págs. 25 a 32 -[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-de-Proteccion-de-la-Seguridad-Ciudadana> -. De ese modo, con la entrada en vigor de la LOPSC 2015 queda clarificado que las labores de identificación los son (i) a los efectos de la prevención de la comisión de delitos, para lo que es preciso que concurren circunstancias que justifiquen que resulta razonablemente necesario que se requiera a una persona que se identifique para prevenir la comisión de un delito, y (ii) para sancionar la comisión de ilícitos penales o administrativos, siendo necesario en este caso que existan indicios de que la persona cuya identificación se requiere haya podido participar en la comisión de esa infracción penal o administrativa.

Por tanto, a los efectos que ahora interesa de establecer la base jurídica de los controles de identidad con fines de verificar la situación de regularidad migratoria, cabe concluir que el art. 16 LOPSC 2015 solo permite instar la identificación de un ciudadano cuando ya existan indicios de que haya podido participar en la comisión de una infracción administrativa, por lo que carecen de cualquier cobertura legal los requerimientos de identificación prospectivos a efectos de verificar cumplimiento de la situación de irregularidad migratoria mediante la exhibición del pasaporte o la tarjeta de identidad. Igualmente, también cabe concluir que el viejo argumentario policial de que este tipo de controles se hacen en función de etéreas consideraciones de prevención de delitos carecen ya de cualquier tipo de eficacia justificativa, toda vez que ahora se exige que se acredite que

el concreto requerimiento de identificación a una persona determinada era razonablemente necesario para el desarrollo de esa labor de prevención.

De ese modo, tomando en consideración esta nueva regulación, el juez de garantías debe analizar que el requerimiento de documentación a que fue sometido el interesado se produjo dentro de los presupuestos legales habilitantes de este tipo de actuaciones policiales, de modo tal que si careciera de cobertura legal deberá denegar la solicitud de internamiento y decretar la inmediata puesta en libertad.

B) El uso del perfil racial

Un problema asociado al de los controles de identidad es el uso del perfil racial o, por mejor decir, la utilización por parte de los agentes encargados de la realización de estos controles de criterios étnicos o raciales para seleccionar a las personas a las que se requiere la identificación.

Con abstracción hecha de las consideraciones que se han realizado en el anterior epígrafe, este tipo de actuación policial supone un grave atentado a la prohibición de discriminación recogida en el art. 14 CE y en los tratados y acuerdos internacionales en materia de derechos fundamentales y libertades públicas suscritos por España. Ha sido frecuente, para contradecir esta conclusión, que se acuda a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y, más concretamente, a la STC 13/2001, de 29 de enero [en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/4309> -. Esta Sentencia tenía como objeto determinar si el requerimiento de identificación del que fue objeto una ciudadana de raza negra en la estación de ferrocarril de Valladolid, por el mero hecho de serlo, era determinante de una actuación discriminatoria. La conclusión fue que en el marco de la obligación de los ciudadanos extranjeros de estar documentados y del ejercicio de la potestad policial de requerir la identificación era forzoso reconocer *“que, cuando los controles policiales sirven a tal finalidad, determinadas características físicas o étnicas pueden ser tomadas en consideración en ellos como razonablemente indiciarias del origen no nacional de la persona que las reúne”* (FJ 8).

La contundencia de esta proclamación del Tribunal Constitucional ha supuesto un aval para la actuación policial consistente en solicitar la documentación únicamente a aquellos ciudadanos con rasgos étnicos que puedan evidenciar que no son nacionales españoles. En todo caso, todavía es de reseñar que en dicha decisión se destacó que *“aun contando con cobertura legal y ejercitándose el requerimiento para el cumplimiento del fin previsto normativamente, el ejercicio de las facultades de identificación ha de llevarse a cabo de forma proporcionada, respetuosa, cortés y, en definitiva, del modo que menos incidencia genere en la esfera del individuo. La transgresión de esta condición de ejercicio, no sólo hace a éste contrario al Ordenamiento, sino que puede ser reveladora de que, la que en principio puede parecer una razonable selección de las personas a identificar en el ejercicio de las*

funciones policiales, no es tal, sino que ha sido efectuada o aprovechada para infligir un daño especial o adicional a quienes pertenecen a determinado grupo racial o étnico. Es decir, que bajo el manto protector del ejercicio de unas funciones legalmente previstas se encubre un móvil racista o xenófobo en la decisión misma de ejercitar dichas funciones o en el modo concreto en que, atendidas las circunstancias, se llevaron a cabo” (FJ 9).

No obstante, la autoridad de esta Sentencia debe ser reconsiderada tras el Dictamen del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas de 17 de julio de 2009 sobre este caso (Comunicación núm. 1493/2006). -[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: <http://ccprcentre.org/doc/ICCPR/AR/N1049030.pdf> (págs. 307-313)-. En este Dictamen, cuyo único objeto, al igual que la STC 13/2001 era determinar el carácter discriminatorio de la identificación, pero no la legalidad del requerimiento de identificación, se expone que “cuando las autoridades efectúan dichos controles las meras características físicas o étnicas de las personas objeto de los mismos no deben ser tomadas en consideración como indicios de su posible situación ilegal en el país. Tampoco deben efectuarse de manera tal que sólo las personas con determinados rasgos físicos o étnicos sean señaladas. Lo contrario no sólo afectaría negativamente la dignidad de las personas afectadas, sino que además contribuiría a la propagación de actitudes xenófobas entre la población en general y sería contradictorio con una política efectiva de lucha contra la discriminación racial” (apartado 7.2). A partir de ello, tomando en cuenta que en el caso concreto la policía aludió a los rasgos físicos para explicar la razón por la que le pidió a ella, y no a otras personas en el entorno, mostrar sus documentos de identidad, el Dictamen concluye que esta actuación policial supone una vulneración de la prohibición de discriminación por motivo de raza (art. 26 PIDCP), ya que “la autora fue individualizada para dicho control de identidad únicamente por razón de sus características raciales y que éstas constituyeron el elemento determinante para sospechar de ella una conducta ilegal” (apartado 7.4).

Puede resultar interesante, a los efectos de enfrentar las dos argumentaciones, comparar el proceso silogístico subyacente en ambos razonamientos. Así, el proceso de razonamiento de la STC 31/2001 parece ser el siguiente:

(i) Premisa mayor: El fin de los requerimientos de identificación es localizar a ciudadanos extranjeros que incumplan la normativa migratoria.

(ii) Premisa menor: El criterio racial es indicativo de una mayor probabilidad de que sea ciudadano extranjero.

(iii) Conclusión: El criterio racial no es discriminatorio al ser relevante para el fin perseguido de localizar ciudadanos extranjeros.

Por su parte, el proceso argumental del Dictamen de Naciones Unidas, sería el siguiente:

(i) Premisa mayor: El fin de los requerimientos de identificación es localizar a ciudadanos extranjeros que incumplan la normativa migratoria.

(ii) Premisa menor: El criterio racial es indicativo de que esa persona podría haber incumplido la normativa migratoria.

(iii) Conclusión: El criterio racial es discriminatorio al identificarse con conducta ilegal.

Comparando ambos silogismos, lo que se pone de manifiesto es que mientras el TC hace especial incidencia en que la finalidad del requerimiento es localizar ciudadanos extranjeros, para lo que es natural atender a ciertos criterios étnicos minoritarios; el Comité de Derechos Humanos en lo que incide es en que lo relevante de esa finalidad no es el hecho neutral de su mera localización, sino el de hacerlos objetivo de una verificación sobre si son incumplidores de la normativa migratoria. De ahí, deriva la conclusión de que se parte de una identificación entre el hecho racial y el incumplimiento normativo que evidencia su carácter profundamente discriminatorio.

Más allá de cualquier otra consideración, es de reconocer que durante mucho tiempo los órganos internacionales de supervisión del respeto a los derechos humanos pusieron el foco en denunciar estas prácticas en España. Así, por ejemplo, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), en su extenso Tercer informe sobre España denunciaba en 2006 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 -[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: <https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Spain/ESP-CbC-III-2006-4-ESP.pdf> (págs. 11 y 12)-. En el Cuarto informe sobre España en 2011, la ECRI volvió a insistir en la preocupación “*por los reiterados informes acerca del constante aumento de los controles de identidad sin claro motivo que tienen lugar en los barrios en que existe una fuerte concentración de extranjeros*” (§ 201) y exhortaba “*a las autoridades españolas a que aseguren una prohibición efectiva de todas las prácticas en materia de perfiles étnicos por parte de las fuerzas policiales en todo el país*” (§ 204). -[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: <https://www.coe.int/t/dghl/monitoring/ecri/Country-by-country/Spain/ESP-CBC-IV-2011-004-ESP.pdf> -. Por su parte, el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), que supervisa la aplicación de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, en el documento distribuido el 10 de marzo de 2011 (CERD/C/ESP/CO/18-20) manifiesta su inquietud por “*las preocupantes informaciones recibidas acerca de los controles de identificación o redadas policiales, basados en 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)*”, e insta al España para erradicar tales prácticas (§ 10). -[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/bodies/cerd/docs/co/Spain_AUV_sp.pdf -.

Ciertamente, ya en la Circular 2/2012, de 16 de mayo, de la Dirección General de la Policía, sobre identificación de ciudadanos, se señaló que en el desarrollo de los planes y dispositivos operativos selectivos *“debe evitar toda práctica que pudiera conllevar una restricción indebida de los derechos y libertades de los inmigrantes, prohibiéndose en este sentido el establecimiento de cupos de identificación o detención de extranjeros a cualquier unidad del Cuerpo Nacional de Policía, evitándose igualmente actuaciones masivas o indiscriminadas basadas únicamente en criterios étnicos”* -[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: <http://www.nodo50.org/ala/spip/spip.php?article2149> -. Sin embargo, ha sido finalmente, el art. 16.1, párrafo tercero, LOPSC 2015 ha proscrito expresamente este tipo de actuaciones selectivas, estableciendo que *“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”*.

El art. 16 LOPSC 2015, con una regulación más precisa de la delimitación de supuestos en que cabe proceder a requerir la documentación a un ciudadano y con la prohibición del uso del perfil étnico, debería ser suficiente para, de una vez por todas, solventar este tipo de prácticas discriminatorias. El hecho de que con esta nueva regulación la policía tenga ahora que justificar individualizadamente cada acto de requerimiento es un gran avance. Sin embargo, el salto cualitativo vendrá vinculado no al hecho de que la policía pueda y deba establecer esa justificación individualizada a posteriori cuando sea requerido para ello, sino con la obligación de que deba efectivamente justificar cada uno de esos actos. Esa práctica de justificación individualizada y automática del requerimiento es, al fin y al cabo, la recomendación que ha sido reiterada a España desde instancias internacional de protección de derechos humanos. Así, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa (ECRI), en su tercer informe sobre España (2006) que ha sido citado anteriormente ya señaló que *“las autoridades españolas podrían considerar la posibilidad de establecer un sistema de registro en relación con los controles policiales que permita a las personas documentar la frecuencia con la que son objeto de control, con miras a identificar posibles patrones de discriminación racial directa o indirecta”* (§ 20). También la Agencia de la Unión Europea para los Derechos Fundamentales (FRA), en su *Guía para entender u evitar la elaboración de perfiles étnicos discriminatorios* (2011) señalaba que *“los formularios de identificación y registro pueden ser una herramienta útil para inducir a los agentes de policía a practicar identificaciones que estén bien justificadas y para promover una política de apertura y responsabilidad de cara al público”* (pág. 49) -[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1133-Guide-ethnic-profiling_ES.pdf -. Más recientemente el Defensor del Pueblo efectuó la Recomendación 17/2012, de 31 de enero, formulada a la Dirección General de la Policía del Ministerio del Interior, para que se impartan las instrucciones oportunas con el fin de erradicar la práctica de controles de identificación basados en perfiles étnicos y raciales y para que se arbitren mecanismos de control a posteriori, que permitan verificar el número y

la motivación de las identificaciones realizadas en la vía pública por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía (11008455). Desgraciadamente esta recomendación fue rechazada -[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: <https://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/Recomendaciones/Documentos/Recomendaciones2012.pdf> -.

Por tanto, a los efectos que ahora interesa, cabe concluir que, más allá de polémicas sobre cuál es el la frecuencia o el patrón del uso del perfil étnico en los controles de identidad con fines migratorios en el pasado, el art. 16 LOPSC 2015 prohíbe expresamente esta práctica, lo que determina que el juez de instrucción antes de autorizar un internamiento deba verificar no solo que el requerimiento de identificación no haya sido meramente prospectivo en busca de potenciales infractores de la legalidad migratoria, sino, además, que, incluso en el caso en que concurriera un presupuesto habilitante para el requerimiento, la selección de la persona cuya identidad se requiere está debidamente conectada con ese presupuesto habilitante y cuenta con una justificación que es por completa ajena a consideraciones étnicas y raciales. Esto es, en última instancia, y merced a la nueva regulación en materia de seguridad ciudadana del art. 16 LOPSC 2015, debe prestarse una muy especial atención por parte del juez encargado de autorizar un internamiento cuando se inste a partir de un previo requerimiento de identificación de una persona con rasgos étnicos o raciales minoritarios entre los nacionales españoles, ya que debe comprobarse (i) la concurrencia del presupuesto legal habilitante para ese concreto requerimiento y (ii) que la justificación de que el requerimiento era necesario en relación con esa concreta persona es por completo ajena a motivos étnicos o raciales.

2. La (i)legalidad de las conducciones a Comisaría

Un segundo aspecto que debe ser analizado por el juez de garantías antes de autorizar el internamiento es que, aunque el requerimiento de identificación se haya desarrollado con respeto a su normativa reguladora, la conducción a la Comisaria se haya producido también con la necesaria cobertura legal.

La Constitución y el derecho regional e internacional de los derechos humanos impone que cualquier medida restrictiva o limitativa de la libertad esté prevista en la ley. Así, el art. 17.1 CE 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*”. Del mismo modo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 (PIDCP) -[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1977-10733 - dispone en su art. 9.1 que “*nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido en ésta*”. E, igualmente, el art. 5.1 CEDH también establece la garantía de legalidad en la privación de libertad.

A esos efectos, no hace falta un desarrollo argumental profuso para consensuar que la actuación policial consistente en la conducción de una persona a una Comisaría a cualquier efecto es una medida restrictiva de su libertad, incluyendo cuando su finalidad es la de mera identificación, ya que, como se afirma en la STC 341/1993, de 18 de noviembre, “*la medida de identificación en dependencias policiales prevista en el art. 20.2 de la LOSC supone (...) una situación que va más allá de una mera inmovilización de la persona, instrumental de prevención o de indagación, y por ello ha de ser considerada como una modalidad de privación de libertad*” (FJ 4) -[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/2470> -. De ese modo, la conducción a Comisaría de cualquier persona a cualquier efecto, para contar con la necesaria cobertura constitucional debe, al menos, estar prevista legalmente.

La cuestión es, por tanto, que al juez que debe pronunciarse sobre la procedencia del internamiento, en su cualidad de juez de garantías de la libertad, le es relevante conocer con exactitud las circunstancias y razones por las que el ciudadano extranjero ha sido conducido a la Comisaría, ya que existe un elenco ciertamente restringido de supuestos en que está prevista legalmente la posibilidad de esa privación de libertad. Los supuestos más problemáticos -y a los que hay que prestar una singular atención- son, desde luego, aquellos en que la actuación policial consiste en conducir a Comisaría a ciudadanos extranjeros que, estando identificados, no acreditan en el marco de un requerimiento de identificación su estancia regular en España. Puede descartarse *a priori* que esa conducción a comisaría lo sea al amparo de la normativa procesal penal, toda vez que esta solo está justificada en supuestos de la comisión de ilícitos penales, lo que, evidentemente, no es el caso de la infracción del art. 53.1.a) LOEx, que es un mero ilícito administrativo. También debe estarse atento cuando se alega que esa conducción lo ha sido al amparo de la normativa de extranjera, ya que, si bien es cierto que el art. 61.1.d) LOEx establece la posibilidad de detención como una medida cautelar, la somete al cumplimiento de dos exigencias inexcusables (i) que la decisión de detención se haya adoptado en el marco de “*un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión*”; y (ii) que esa decisión sea adoptada por el instructor de dicho procedimiento sancionador. Fuera de estos supuestos, la conducción a comisaría carecería de la necesaria cobertura legal en la normativa de extranjería. Por ello, es evidente que en aquellos supuestos, no infrecuentes, en que se produce un control de identificación y como resultado del mismo se verifica que el ciudadano extranjero no queda acreditada la situación de estancia regular en territorio español su conducción a comisaría no puede contar con la cobertura legal de la normativa de extranjería ya que 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 conducción cuente con el amparo de la detención cautelar a la que se refiere el art. 61.1.d) LOEx.

Una última alternativa sería justificar la conducción a comisaría bajo la figura de la retención para la identificación regulada en el art. 20.2 LOPSC 1992 y en el art. 16.2 LOPSC 2015. Sin embargo, ninguno de ambos preceptos habilita la conducción a comisaría de ciudadanos extranjeros identificados a pesar de que no acrediten su estancia regular en territorio español. La normativa de seguridad ciudadana en cualquiera de sus dos versiones de 1992 y de 2015 establece como presupuesto necesario para la retención de un ciudadano que la Policía, en el marco del control efectuado, no haya logrado su identificación por cualquier medio. Es más, esta normativa determina que la conducción a Comisaría lo sea a los únicos efectos de la identificación. Esta lectura de la habilitación legal de la conducción a comisaría a efectos de identificación es inequívoca, como ya hiciera expreso la ya citada STC 341/1993, de 18 de noviembre, al afirmar que *“la privación de libertad con fines de identificación sólo podrá afectar a personas no identificadas de las que razonable y fundadamente pueda presumirse que se hallan en disposición actual de cometer un ilícito penal (no de otro modo cabe entender la expresión legal “para impedir la comisión de un delito o falta”) o a aquellas, igualmente no identificables, que hayan incurrido ya en una “infracción” administrativa, estableciendo así la Ley un instrumento utilizable en los casos en que la necesidad de identificación surja de la exigencia de prevenir un delito o falta o de reconocer, para sancionarlo, a un infractor de la legalidad”* (FJ 5). De ese modo, por mucho que el art. 11 LOPSC 1992 y el art. 13 LOPSC 2015 impongan a los ciudadanos extranjeros la obligación de disponer de la documentación que acredite su identidad y el hecho de hallarse legamente en España, si el extranjero, aun estando en situación irregular en territorio nacional, está perfectamente identificado (pasaporte, cédula de inscripción consular...) y así lo acredita *in situ*, no cabe adoptar una medida restrictiva de su libertad cuyo único objetivo es, precisamente, permitir hacer algo que el extranjero ya ha hecho: identificarse.

A pesar de las reticencias iniciales del Ministerio del Interior a aceptar estos razonamientos y el empeño en mantener la legalidad de este tipo de conducciones a comisarías con la Circular núm. 1/2010, de 25 de enero, de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, en la que se impartían instrucciones sobre determinadas actuaciones policiales derivadas de la legislación de extranjería *-[en línea]*. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/Circular_1_2010 , finalmente dio su brazo a torcer. Se derogó aquella circular sustituyéndola por la ya citada Circular núm. 2/2012, de 16 de mayo, de la Dirección General de la Policía, en cuyo artículo tercero *“(...) se resalta la improcedencia de trasladar a aquéllos a las dependencias policiales por el mero hecho de que en la diligencia de identificación se constate su estancia irregular en España, siempre que se haya comprobado su identidad mediante documento oficial o documento que se considere válido y suficiente al efecto y aporte domicilio susceptible de comprobarse o que pueda ser comprobado en el momento de la identificación”*. Esta nueva circular, sin embargo, sigue resultando francamente deficiente desde la perspectiva de su cobertura legal, ya que si bien reconoce que ya no puede conducirse a comisaría a aquellos

ciudadanos extranjeros que, con independencia de su situación de regularidad migratoria porten un documento identificativo suficiente, se añade la exigencia, que nada tiene que ver con la identificación de una persona, relativa a que aporte un domicilio susceptible de comprobarse en dicho momento.

En todo caso, sin perjuicio de la falta de cobertura legal de esa exigencia, que en sí misma determinaría la inconstitucionalidad de la conducción a comisaría y viciaría radicalmente *ex art. 11 LOPJ* cualquier posible decisión de internamiento, todavía debe prestarse especial atención al hecho de que la disposición adicional quinta, apartado segundo, de la LOEx -en la redacción dada por la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre- permitió que la policía accediera, entre otros, a los datos del Padrón Municipal de Habitantes a los fines de cumplimentar las actuaciones referidas a los procedimientos en materia de extranjería. Siendo eso así, la exigencia de excepcionalidad y proporcionalidad de una medida restrictiva de libertad como es la conducción de una persona a comisaría impone que, al margen de una posible acreditación documental *in situ* del domicilio en España, la policía actúe con la debida diligencia comprobando la correspondencia del domicilio que aporte verbalmente el interesado con el que figura en el padrón de habitantes mediante consulta con los servicios centrales, sin utilizar la carencia de una acreditación que no está exigida en la normativa de seguridad ciudadana como excusa para una conducción a comisaría que, en realidad, será solo instrumental para posibilitar la incoación de un procedimiento sancionador en materia de extranjería y la presencia misma del interesado ante el juez para que se acuerde su internamiento.

Por tanto, a los efectos que ahora interesan, el juez que debe decidir sobre el internamiento, en su función primordial de juez de garantías de la libertad, debe también verificar que la conducción a comisaría de la persona para la que se solicita el internamiento se ha producido con la necesaria cobertura legal. Especialmente, habida cuenta de los estrictos condicionantes impuestos en el art. 62 LOEx para acordar una detención en el marco de un procedimiento de extranjería y en los arts. 20.2 LOPSC 1992 y 16.2 LOPSC 2015 para acordar la conducción a comisaría con fines de identificación debe estarse altera cuando el internamiento se derive de un previo requerimiento de identificación, ya que debe comprobarse que, al margen de su situación de irregularidad migratoria, el sujeto no exhibió un documento válido y suficiente que acreditara su identidad, sin que pueda servir de justificación que no acreditara tener un domicilio conocido en España, habida cuenta de que esa es una exigencia que carece de la necesaria cobertura legal. Más allá de ello, incluso en el caso en que la policía asegure que no aportó un domicilio en España, todavía debería acreditarse por parte de la policía que se intentó en el momento de requerimiento de la identificación por parte del agente actuante verificar mediante solicitud de acceso al padrón de habitantes una eventual inscripción del interesado en dicho padrón.

3. La ilegalidad de los requerimientos fraudulentos de personación en comisaría

Los patrones de actuación policial en relación con el control de la migración irregular han cambiado sustancialmente en los últimos años. Se ha pasado de redadas y controles masivos e indiscriminados en búsqueda de migrantes en situación irregular a los que se expulsaba de una manera descoordinada, a fletar aviones completos para ejecutar las expulsiones. Con esta nueva forma de ejecución ya no interesa tanto una búsqueda indiscriminada de inmigrantes en situación de irregularidad como una búsqueda selectiva de aquellos inmigrantes cuya expulsión pueda ejecutarse según el destino o destinos de vuelos programados con suficiente antelación. Dentro de esa búsqueda selectiva está adquiriendo singular importancia una práctica policial que está siendo denunciada por diferentes colegios de abogados y organizaciones sociales. Esta práctica consiste en requerir a inmigrantes en situación irregular que acudan a comisaría para “asuntos de su interés”, pero cuyo real objetivo es su detención para ejecutar una expulsión. Es cierto que esta práctica se pone más en relación con las denominadas expulsiones exprés, que se practican dentro de las 72 horas sin necesidad de solicitar el internamiento, y que ello hace que no sea una situación que se presente normalmente ante el juez de garantías que debe resolver el internamiento. En todo caso, es una situación más que afecta a la legalidad de la privación de libertad a que debe atender el juez de garantías llegado el caso.

Este tipo de requerimientos fraudulentos de personación en comisaría si bien no han generado todavía ningún pronunciamiento jurisdiccional relevante por parte del TS o del TC, ya ha sido objeto de análisis por parte del TEDH en la Sentencia de 5 de febrero de 2002, *asunto Čonka vs Bélgica*, que concluyó que vulnera el derecho a la libertad (art. 5.1 CEDH) la práctica abusiva de convocar a la comisaría de manera fraudulenta a migrantes con la finalidad de propiciar su detención (§§ 40-46) -[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60026> -. Los hechos que dieron lugar a esta resolución fue que los recurrentes, todos ellos demandantes de asilo, recibieron un aviso por escrito pidiéndoles que asistieran a Comisaría para unas diligencias en relación con su solicitud de asilo. Una vez en comisaría se les comunicó la denegación de su solicitud, la orden de salir de territorio belga con destino a Eslovaquia, y se procedió a su detención para la ejecución de esa expulsión, a cuyo efecto fueron ingresados en un centro de internamiento.

En relación con estos hechos, el TEDH argumenta que la estratagema a través de la cual las autoridades trataron de ganarse la confianza de los recurrente con el fin de detenerlos y ejecutar la expulsión contraviene el principio general de que el derecho a la libertad tiene como finalidad implícita protege a los ciudadanos contra privaciones de libertad arbitrarias y que, en ese sentido, hay muchas razones para considerar que el requerimiento de personación se realizó deliberada y conscientemente de manera fraudulenta con el fin de propiciar su privación de libertad (§ 41). A partir de ello, tomando en consideración que los presupuestos legales habilitantes de la privación de libertad deben

ser objeto de una interpretación restrictiva, el TEDH afirma que esta exigencia también debe proyectarse sobre la fiabilidad de las comunicaciones como las enviadas a los solicitantes, independientemente de si sus destinatarios están o no en situación de irregularidad migratoria (§ 42).

Por tanto, el juez de garantías, bien sea en aplicación del art. 17.1 CE, a partir de la interpretación conforme a los tratados internacionales en materia de derechos humanos que impone el art. 10.2 CE, bien en aplicación directa del art. 5.1 CEDH, al que también está sometido por ser este tratado una norma del ordenamiento jurídico español, también está llamado a pronunciarse sobre este tipo de situaciones antes de pronunciarse sobre la concurrencia de los requisitos necesarios para el internamiento. En la medida en que la privación de libertad que ha llevado a su presencia al interesado se haya producido mediante un requerimiento fraudulento de personación en comisaría no queda más remedio que denegar el internamiento, ex art. 11 LOPJ, al traer causa la solicitud de una previa vulneración de un derecho fundamental.

III. ASPECTOS RELEVANTES PARA EL INTERNAMIENTO VINCULADOS A LA POSIBILIDAD JURIDICA DE EJECUTAR LA EXPULSION

El análisis que tradicionalmente efectúa el juez encargado de decidir sobre el internamiento incide especialmente en aquellos aspectos que están expresamente recogidos en el art. 62.1, párrafo segundo, LOEx. Este precepto 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. Asimismo, en caso de enfermedad grave del extranjero, el juez valorará el riesgo del internamiento para la salud pública o la salud del propio extranjero”*.

Como fácilmente cabe apreciar, todos los criterios a ponderar que se establecen en este artículo están relacionados con el *periculum in mora*, esto es, con el riesgo de inejecución de la eventual expulsión. Ninguno de ellos incide en el otro aspecto tradicionalmente vinculado con las medidas cautelares: el *bonus fumus iuris*. Evidentemente, esa circunstancia no impide que ese aspecto también deba ser objeto de análisis por el juez, lo que, en el caso de la decisión de internamiento, se vincula al hecho de verificar que resulta material y jurídicamente posible ejecutar una expulsión para la que el internamiento es un mero instrumento. De hecho, a pesar de la omisión legislativa, estos aspectos vinculados con el *bonus fumus iuris* de la decisión de internamiento sí han sido objeto de pronunciamiento en la jurisprudencia del TJUE, habida cuenta de la regulación establecida en el artículo 15 de la ya citada Directiva de retorno sobre el particular.

En concreto, el artículo 15, apartado 4, establece, que *“Cuando 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 en el apartado 1, dejará de estar justificado el internamiento y la persona de que se trate será puesta en libertad inmediatamente”*. En virtud de ello, en la STJUE de 30 de noviembre de 2009, caso *Shamilovich Kadzoev* (C-357/09), se concluyó, en el apartado 5 del fallo que *“El artículo 15, apartado 4, de la Directiva 2008/115 debe interpretarse en el sentido de que sólo una perspectiva real de que la expulsión puede llevarse a buen término, habida cuenta de los plazos fijados en los apartados 5 y 6 del mismo artículo, corresponde a una perspectiva razonable de expulsión, y que ésta no existe cuando parece poco probable que el interesado sea admitido en un tercer país, habida cuenta de los citados plazos”* -[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C,T,F&num=C-357/09&td=ALL> -.

Este pronunciamiento, no cabe dudarlo, está en relación directa con la necesidad de que el juez de garantía valore también la posibilidad efectiva de que la expulsión pueda ejecutarse en el plazo máximo de 60 días que puede durar un internamiento. Para ello, no queda otro remedio que el juez de garantías, que también es juez de derecho comunitario, cuente con los elementos necesarios para hacer esa valoración. Elementos que, por otra parte, deben ser aportados por la Administración, que es la que insta el internamiento, siendo obligación del juez requerir esa información en el caso, no infrecuente, de que no se aporte.

A esos efectos, cabe recordar que el artículo 23.2 del 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 extranjeros (Reglamento CIE) -[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2014-2749 -, al regular la *“Solicitud de internamiento derivada de un expediente administrativo de expulsión, devolución o denegación de entrada”*, establece en su apartado segundo, que *“El instructor que solicite la autorización de internamiento de un extranjero dispondrá su presentación ante el juez de instrucción competente, junto con aquellos documentos que formen parte del expediente o resolución de expulsión, devolución o denegación de entrada”*. Pues bien, si se pone en relación esa exigencia de que se entregue al juez todos aquellos documentos que formen parte del expediente con la regulación prevista en la Circular núm. 6/2014, de 11 de julio, de la Dirección General de la Policía, sobre los criterios para solicitar el ingreso de ciudadanos extranjeros en los centros de internamiento -[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: http://www.migrarconderechos.es/legislationMastertable/legislacion/Circular_DGP_CGEF_o_6_2014 -, es indubitado que entre esa documentación debe estar la relativa a las circunstancias sobre la posibilidad real de que pueda ejecutarse la repatriación.

En esta Circular, y como instrucción expresa que se da a los agentes encargados de la tramitación de los procedimientos sancionadores para valorar si resulta pertinente solicitar el internamiento, se afirma en el apartado segundo de la instrucción primera, que *“Se realizará una valoración sobre la viabilidad real de la materialización de la expulsión teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:*

a) Si el expediente está provisto de documento de viaje o pasaporte.

b) Si se trata de un nacional de un país que tiene o no representación diplomática o consular en España.

c) Si se trata de un nacional que no será documentado por las autoridades consulares de su país.

d) Si es nacional de un país que, aunque lo documente, es factible que transcurra el plazo de 60 días máximo del internamiento.

En aquellos casos de especial complejidad se podrá recabar información de la Unidad Central de Expulsiones y Repatriaciones de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, al ser este órgano el que mantiene relaciones con las diferentes oficinas diplomáticas y consulares tendentes a documentar a los extranjeros que pueden ser objeto de expulsión, así como el que tiene un conocimiento actual de la situación o estado social de los diferentes países a los que se realizan repatriaciones y las posibilidades reales de poder materializar las mismas” .

Por tanto, si es obligación inexcusable del instructor de procedimiento valorar todos estos aspectos vinculados con la posibilidad de ejecutar la expulsión antes de solicitar el internamiento al juez, toda la documentación e información que recabe para hacer esa valoración debe formar parte, lógicamente, del expediente que instruye y, en cumplimiento del ya citado art. 23 del Reglamento CIE, debe también ser entregada al juez. En última instancia, al juez de garantías corresponde también exigir de la administración que insta el internamiento toda la información relevante para adoptar una decisión que, no hay que olvidar, implica una muy seria limitación de un derecho fundamental.

Al margen de estas consideraciones, lo que me interesa poner de relieve es que en el marco de esa obligación establecida por la jurisprudencia del TJUE de que en la decisión de internamiento se valoren aspectos relativos a la posibilidad real y efectiva de que pueda ejecutarse la expulsión, el juez de garantías debe ponderar también en el momento de decidir sobre la procedencia del internamiento circunstancias concurrentes que, desde una perspectiva jurídica, harían también poco viable su ejecución y, por tanto, que harían perder a la medida cautelar de internamiento su finalidad. Me refiero a aquellas situaciones en que la expulsión no podrá materializarse por estar implicados el principio de no devolución (1) o el respecto a la intimidad personal y familiar (2).

1. El principio de no devolución:

El contenido tradicional del principio de no devolución ha sido el de garantizar que no se hiciera entrega de un ciudadano extranjero a un país en el que su vida o libertad corran peligro o donde quede expuesto al riesgo de sufrir penas o tratos inhumanos y degradantes. Este principio, aunque aparece especialmente vinculado al derecho de asilo, con una plasmación expresa en el art. 33 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951 -[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1978-26331> -, ampara a cualquier persona que vaya a ser entregada a su país de origen o a un tercer país por motivos migratorios.

La aplicación del principio de no devolución por motivos migratorios aparece recogida en el art. 19.2 de la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) -[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=DOUE-Z-2010-70003> -, al proclamar que “*nadie podrá ser devuelto, expulsado o extraditado a un Estado en el que corra un grave riesgo de ser sometido a pena de muerte, a tortura o a otras penas o tratos inhumanos o degradantes*”, y en el art. 5 de la ya citada Directiva de retorno 2008/115/CE, de 16 de diciembre. Por su parte, el TEDH, aunque el CEDH no alude expresamente a este principio, ha hecho una interpretación de su art. 3, en que se establece la prohibición de tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes, incluyendo la prohibición de expulsión de los extranjeros a un país respecto del que existan motivos suficientes para pensar que la persona expulsada puede ser sometida a tortura, tratos inhumanos o degradantes. De ese modo, se ha configurado una jurisprudencia que acoge el principio de no devolución y de la que se ha hecho aplicación no sólo a los supuestos de expulsión o deportación de solicitantes de asilo (SSTEDH de 11 de enero de 2007, *as. Salah Sheekh c. Países Bajos* -[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-78986>); 23 de febrero de 2012, *as. Hirsi Jamaa y otros c. Italia* -[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-109231> ; o de 19 de diciembre de 2013, *as. N.K. c. Francia*) -[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-139179> -; sino a cualquier supuesto de expulsión, recordando que los Estados tienen obligación de asegurarse del trato al que se exponen los migrantes que devuelven a sus países de origen o de procedencia (SSTEDH de 5 de mayo de 2009, *as. Sellem c. Italia*; o 3 de diciembre de 2009 -[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-92498> ; *as. Daoudi c. Francia*, -[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-96005>. Igualmente, el Tribunal Constitucional también ha establecido esta misma limitación en relación con la posibilidad de entrega de ciudadanos a otros países al amparo del art. 15 CE (así, STC 140/2007, de 4 de

junio -[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/6107>).

Pues bien, nuevamente es preciso acudir a la ya citada Circular 6/2014, de 11 de julio, de la Dirección General de la Policía, sobre criterios para solicitar el ingreso de ciudadanos extranjeros en los centros de internamiento, para obtener una interesante información sobre la relevancia de este principio de no devolución en la decisión de internamiento. Así, en la instrucción segunda se establece, bajo el epígrafe “Consulta ACNUR sobre países de riesgo”, que *“Igualmente, los instructores o funcionarios que realicen las actuaciones de ejecución de la repatriación, antes de solicitar el internamiento, con el fin de conocer la situación (de conflicto bélico o de otra índole) del país al que van a ser repatriados, o que la repatriación al mismo no implica para dicha persona riesgo para su vida o integridad física, o que no será objeto de penas o tratos inhumanos, degradantes o torturas, procederán a consultar las siguientes direcciones del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en las que se incluyen los países de riesgo y que son:*

<http://www.acnur.org/secciones/index.php?viewCat=1094#1190>

<http://www.acnur.org/t3/recursos/bdl>”

Por tanto, si es obligado para el instructor policial que con carácter previo a solicitar el internamiento valore aspectos relativos a las dificultades jurídicas de ejecución de la expulsión vinculados al principio de no devolución, hay que concluir que, en la misma medida, el juez de garantías en el momento de decidir sobre la procedencia del internamiento debe también atender al principio de no devolución y, entre otros instrumentos, consultar la lista ACNUR de los países en riesgo. Desde luego, esta comprobación no agota el análisis judicial. No debe olvidarse que el principio de no devolución no está solo vinculado con situaciones de conflicto o riesgos indiscriminados sino también a situaciones de riesgos individualizados. Así, por ejemplo, ante la alegación concreta de persecuciones por cualquier motivo –religiosos, étnico, de orientación sexual...- acompañado de un principio de prueba el juez de garantías está llamado a ponderar la posibilidad real y efectiva de que esa circunstancia pueda resultar un obstáculo a la efectividad de la ejecución y, por tanto, que el internamiento resulte improcedente al no poder cumplir el fin instrumental y cautelar que le es propio.

2. El respeto al derecho a la intimidad familiar y personal (art. 8.1 CEDH).

Uno de los aspectos más polémicos en relación con la expulsión, sea administrativa o penal, es la necesidad o no de analizar la influencia que su ejecución puede tener en el derecho a la intimidad familiar y personal del afectado. Dos han sido los obstáculos fundamentales para que este derecho pudiera desplegar toda su eficacia en los supuestos de expulsión: el primero es la falta de reconocimiento legal expreso del arraigo como una

circunstancia relevante y general para cualquier decisión de expulsión; el segundo es que el derecho a la intimidad familiar y personal, a pesar de su reconocimiento en el art. 8.1 CEDH, no ha sido considerada una garantía constitucional integrada en el art. 18.1 CE, tal como ha sido reiterado recientemente por la STC 186/2013, de 4 de noviembre, FJ 6 -[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/23678> -

En esa tesitura los órganos judiciales españoles, excepto en los contados casos en que existe una previsión legal expresa de que hay que valorar el arraigo antes de decidir sobre la expulsión como es el caso del art. 57.5.b) LOEX, y con independencia de que se traten de expulsiones penales o administrativas, han preferido obviar cualquier tipo de ponderación de la afectación que puede suponer la expulsión en la intimidad personal o familiar del afectado. No es ocioso recordar en este contexto algo tan evidente como que el art. 8.1 CEDH forma parte del ordenamiento jurídico español y, por tanto, que el juez español, con independencia de que su contenido no esté reconocido como un derecho fundamental en la Constitución española, está obligado a aplicarlo. A esos efectos, toda vez que acaba de ser citada la STC 186/2013, puede resultar de interés poner de manifiesto el devenir de ese asunto en el TEDH. El asunto enjuiciado se refería a una ciudadana argentina respecto de la que se tomó una decisión de expulsión por el hecho de haber sido condenada por la comisión de un delito castigado con una pena superior a un año (art. 57.2 LOEX). Una vez agotada la vía nacional, incluyendo la desestimación de su recurso de amparo, demandó al Estado español ante TEDH por vulnerar el derecho a la intimidad familiar reconocido en el artículo 8.1 CEDH, por no haberse tomado en consideración que tenía una hija menor de edad en España.

El Abogado del Estado ante el TEDH, en representación del Gobierno español, con la finalidad de evitar una segura condena de España, ofreció al TEDH reconocer que España había violado los derechos de la solicitante y se comprometía a dejar sin efecto la expulsión y a indemnizar a la demandante con una suma de 19.104,73 euros. Además, el Gobierno español también se comprometió a que en el futuro la interpretación del art. 57.2 LOEX sería combinada con las exigencias del art. 57.5.b) LOEX, bajo la efectiva supervisión de los tribunales ordinarios. Esto es, que antes de adoptar la decisión de la expulsión de cualquier extranjero por la mera circunstancia de haber sido condenado por un delito castigado con una pena superior a un año se tomarían en consideración, entre otros aspectos, el tiempo de su residencia en España, 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. El TEDH, mediante una decisión de 17 de marzo de 2015, *as. G.V.A. c España*, -[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-153975> - aceptó, en la expectativa legítima de que el Estado español cumple con su palabra y compromisos internacionales, la declaración formulada por el Gobierno español, incluyendo el hecho de

que en el futuro se valorarían las circunstancias familiares antes de acordar o ejecutar una expulsión y, por tanto, que estas no serían automáticas.

Desde luego, es posible que los órganos judiciales españoles no se sientan comprometidos por la palabra dada por el Abogado del estado ante el TEDH, pero, se vuelve a insistir, sí están vinculados por el contenido del art. 8.1 CEDH y por la jurisprudencia del TEDH que lo interpreta. En ese sentido, si, como se expondrá a continuación, conforme a dicha jurisprudencia es obligado ponderar la afectación que una decisión de expulsión tiene sobre el derecho a la intimidad personal o familiar del interesado hasta el punto de impedir su ejecución, el juez de garantías que debe pronunciarse sobre la procedencia del internamiento también tiene la obligación de ponderar ese extremo al ser un obstáculo jurídico para ejecutar una expulsión que privaría de cualquier finalidad legítima el internamiento.

La jurisprudencia del TEDH sobre el art. 8.1 CEDH, de la que es buen ejemplo la STEDH de 16 de abril de 2013, *as. Udeh c Suiza* (§§ 38-44) -[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-118576> - parte de la premisa de que el Convenio no garantiza ningún derecho a un extranjero a entrar o residir en el territorio de un Estado. Ahora bien, también incide en que expulsar a una persona de un país en el que vive puede constituir una injerencia en su intimidad personal o familiar. Por un lado, afectaría a su intimidad personal en la medida que los lazos sociales entre los inmigrantes residentes y la comunidad en la que viven, forman parte integrante de la noción de «vida privada» en el sentido del artículo 8 CEDH. Y, por otro, afectaría a su intimidad familiar en el caso en que, además, hubiera constituido o formara parte de una familia. En tales supuestos, los requisitos que justifican la expulsión sería (i) que la medida estuviera prevista por ley; (ii) que estuviera justificada por un fin legítimo, lo que en el caso de expulsiones por infracción de la normativa migratoria se entiende justificada por razones de orden público (art. 8.2 CEDH); y (iii) que fuera una medida necesaria en una sociedad democrática.

A los efectos de valorar la exigencia de que la expulsión sea una medida necesaria en una sociedad democrática, la jurisprudencia del TEDH distingue entre los supuestos en que se vea afectada solo la intimidad personal o también la intimidad familiar. Así, por lo que respecta a los criterios a ponderar en supuestos de intimidad personal, se reitera que siendo la persona a expulsar un adulto sin hijos o un joven adulto que no ha fundado todavía una familia cabe atender a los criterios siguientes: (i) la naturaleza y gravedad de la infracción cometida; (ii) la duración de la residencia del interesado en el país del que ha de ser expulsado; (iii) el plazo transcurrido desde la infracción cometida, y el comportamiento del demandante durante el mismo; (iv) la nacionalidad de las distintas personas afectadas, (v) la solidez de los vínculos sociales, culturales y familiares con el país de acogida y con el país de destino; (vi) la situación médica; y (vii) el carácter temporal o definitivo de la expulsión. Así, STEDH de 15 de noviembre de 2012, *as. Shala c. Suiza* (§§ 44-46) -[en línea].

[Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-114465> -.

Por su parte, en lo que respecta a los criterios a ponderar en supuestos de intimidad familiar, lo que se establece es que si la persona a expulsar conforma una familia cabe atender a los mismos criterios que intimidad personal y, además, a los siguientes: (i) la situación de la familia del demandante, como la duración del matrimonio y otros factores que reflejen la realidad de la vida familiar de una pareja; (ii) si el cónyuge conocía la infracción cuando se inició la relación familiar; (iii) si el matrimonio tiene hijos, y en tal caso, su edad; (iv) la gravedad de las dificultades que el cónyuge se va a encontrar en el país al que el demandante va a ser expulsado; (v) los intereses y bienestar de los hijos, en concreto la gravedad de las dificultades que los hijos del demandante podrían encontrarse en el país al que el demandante va a ser expulsado; y (vi) la solidez de los lazos sociales, culturales y familiares con el país de acogida y con el país de destino. Así, STEDH de 24 de noviembre de 2009, *as. Omojudi c. Reino Unido* (§ 41) -[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-95777> -.

Incluso, en supuestos especiales de extranjeros con estancias desde la minoría de edad, el TEDH ha establecido una regla de inversión de la carga de la prueba, conforme a la cual *“Cuando se trata de examinar la necesidad del alejamiento de una persona que ha llegado al país de acogida a edad temprana, ha recibido su educación y trabajado durante cierto tiempo en dicho país, en el que vive la mayor parte de sus amigos y familiares, y que solo conserva con su país de origen el vínculo de la nacionalidad, las autoridades han de acreditar, mediante razones pertinentes y suficientes, que existía la necesidad social imperiosa de expulsarla y, especialmente, que la medida guardaba proporción con el propósito legítimo que se perseguía”* (STEDH de 15 de noviembre de 2012, *as. Shala c. Suiza* (§ 48) -[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-114465> -.

Es más, tomando en consideración que esta jurisprudencia ha sido elaborada especialmente en relación con expulsiones penales, en supuestos en que la expulsión deriva de una mera infracción migratoria, el TEDH, con carácter general, viene considerando que su ejecución no es proporcionada a la incidencia que provoca en el derecho a la intimidad familiar (STEDH de 27 septiembre 2011, *as. Alim c. Rusia* (§§ 83-100) -[en línea]. [Consultado el 8 de junio de 2015]. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-106427> -.

Este rápido repaso sobre los aspectos más relevantes de la jurisprudencia del TEDH sobre el derecho a la intimidad personal y familiar pone de manifiesto que muchos de los criterios utilizados para ponderar si la medida de expulsión es, en la terminología del CEDH, necesaria en una sociedad democrática aparecen en cierta forma reconocidos en la ya citada Circular 6/2014, de 11 de julio, de la Dirección General de la Policía, sobre criterios para solicitar el ingreso de ciudadanos extranjeros en los centros de internamiento. Así, por

ejemplo, en el apartado primero de la instrucción primera, y dentro de las “Circunstancias de carácter personal del ciudadano extranjero” se afirma que “Sin perjuicio de cualesquiera otras apreciadas por el instructor, se valorará la pertinencia de solicitar el internamiento, a la vista del resultado de las siguientes circunstancias:

1.1 Genéricas:

- a) Si tiene o no domicilio conocido en España.
- b) Personas con las que convive y vínculos familiares de los mismos.
- c) Si tiene hijos menores a su cargo.
- d) Las consecuencias para él y los miembros de su familia de la expulsión.
- e) Si tiene arraigo en España.
- f) Si está provisto de pasaporte.
- g) Si existe riesgo de fuga o de incomparecencia.
- h) Si representa un riesgo para el orden público o la seguridad pública o nacional.
- i) Cualquier otra circunstancia relativa a la existencia de vínculos con España y su país de origen”.

No es razonable pensar que con este elenco de circunstancias la intención de la Circular sea identificar criterios vinculados a la eventual imposibilidad jurídica de ejecución de una expulsión por una potencial afectación al derecho a la intimidad personal o familiar. Sin embargo, el hecho cierto es que ahí están recogidos y que, nuevamente, siendo aspectos a ponderar por parte del instructor del expediente administrativo para solicitar el internamiento, también deben serlo, y con más razón, por el juez de garantías para decidir sobre la procedencia del internamiento.

Por tanto, el juez de garantías al decidir sobre la procedencia del internamiento debe también atender a circunstancias de arraigo personal o familiar del interesado toda vez que, con independencia de que la normativa administrativa haga referencia expresa o no a ella, el derecho a la intimidad personal o familiar, por imposición del art. 8.1 CEDH, es una circunstancia a valorar en la decisión de expulsión ya que puede representar un obstáculo jurídico para su ejecución que privaría de cualquier finalidad legítima el internamiento.

IV. CONCLUSIONES

El juez competente para decidir sobre un internamiento, además de los tradicionales criterios vinculados al *periculum in mora* –riesgo de inejecución de la expulsión por

sustracción a la acción administrativa- también debe ponderar otros extremos en su función de garantizar el derecho a la libertad.

Por un lado, debe atender, por exigencias del art. 11 LOPJ, a que la situación de privación de libertad sufrida por el ciudadano extranjero que propicia su personación ante el juez se ha producido con respeto a los derechos fundamentales. Ello debe llevarle, llegado el caso, a analizar los siguientes extremos: (i) la existencia del presupuesto legal habilitante para el requerimiento de identidad; (ii) que no se han utilizado criterios de perfil étnico o racial en su selección para ser objeto de ese requerimiento de identidad; (iii) que la conducción a comisaría se ha efectuado al amparo de alguna norma con rango legal que habilite esa privación de libertad; y (iv) que no se han utilizado requerimientos fraudulentos de personación en comisaría con la única finalidad de propiciar su detención.

Por otro lado, también debe atender a consideraciones vinculadas al *bonus fumus iuris* –riesgo de inejecución de la expulsión por impedimentos materiales o jurídicos- que estén en relación con la imposibilidad jurídica de la expulsión al verse afectados derechos fundamentales. Ello debe llevarle, llegado el caso, a analizar que no concurren impedimentos para la ejecución de la expulsión derivados de (i) el principio de no devolución; y (ii) el respeto al derecho a la intimidad personal y familiar del art. 8.1 CEDH.

PREOCUPACIONES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO EN RELACIÓN CON LA DETENCIÓN, INTERNAMIENTO Y EXPULSIÓN DE CIUDADANOS EXTRANJEROS

EUGENIA RELAÑO PASTOR

(Técnica del Área de Migraciones e Igualdad de Trato del Defensor del Pueblo)

RESUMEN DE LA PONENCIA: El Defensor del Pueblo, como Alto Comisionado de las Cortes Generales que tiene como función la defensa y tutela de los derechos fundamentales, no sólo ejerce una función de un control a posteriori de las actuaciones de las Administraciones públicas, sino que, en cumplimiento del principio de equidad, esta Institución se ha consolidado como un referente corrector de la “mala administración” y de las decisiones injustas dictadas en detrimento de los derechos de los ciudadanos extranjeros. Esta exposición analizará los juicios de oportunidad realizados por el Defensor en la aplicación de la normativa de extranjería, en concreto, en las detenciones de extranjeros, en los procedimientos de ejecución de expulsiones, así como en el ingreso y condiciones de estancia en los Centros de Internamiento de Extranjeros. Se mostrarán las principales resoluciones de esta Institución en su labor armonizadora del contexto personal del extranjero con la rigidez de norma y su función de corrector de la actividad de los poderes públicos, ya sea preventivamente, o con efectos *postfactum* mediante su influencia directa en modificaciones legislativas.

SUMARIO: I. EL DEFENSOR DEL PUEBLO: MÁS ALLÁ DE UNA MAGISTRATURA DE PERSUASIÓN. II. LAS RESOLUCIONES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO: UNA ACLARACIÓN PRÁCTICA. III. ANTECEDENTES DESTACABLES EN MATERIA DE DETENCIONES, EXPULSIONES Y CENTROS DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS (CIE). 1. Asistencia jurídica a extranjeros. 2. Representación del letrado en procedimientos judiciales de extranjería. 3. Medidas cautelarísimas. 4. Expulsiones. 5. Centros de Internamiento de Extranjeros. IV. PRIVACIÓN DE LIBERTAD: DETENCIÓN DE EXTRANJEROS Y CONTROLES DE IDENTIFICACIÓN RACIAL. 1. Controles de identificación racial y detenciones. 2. Centros de primera asistencia y detención de extranjeros. 3. Breve mención sobre la detención de extranjeros en las salas de asilo y rechazo del Aeropuerto de Madrid-Barajas. V. EXPULSIONES. 1. Tramitación de los procedimientos sancionadores de expulsión. 2. Ejecución de las expulsiones. 3. Expulsiones y malos tratos policiales. 4. Expulsiones de ciudadanos con expediente matrimonial en trámite. 5. Expediente sancionador a cónyuges de ciudadanos españoles. 6. Expulsión de residentes de larga duración que han cumplido condena superior a un año. 7. Coordinación entre instancias judiciales y organismos que resuelven y ejecutan las expulsiones. 8. Atención y protección a víctimas de violencia de género en situación irregular. 9. Expulsiones de víctimas de trata. 10. Otras resoluciones destacables en materia de expulsiones. VI. CENTROS DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS (CIE)

I. EL DEFENSOR DEL PUEBLO: MÁS ALLÁ DE UNA MAGISTRATURA DE PERSUASIÓN

En la labor del Defensor del Pueblo la dedicación a la situación legal de los extranjeros en España ha constituido una ocupación habitual desde los inicios de la Institución. El Defensor del Pueblo se introdujo en el ordenamiento jurídico español a través de la Constitución de 1978, cuyo artículo 54 lo configura como un Alto Comisionado de las Cortes Generales, que tiene como función la defensa y tutela de los derechos fundamentales y puede, con este fin, supervisar la actuación de las Administraciones públicas. Ese precepto se encuentra en el Título I de la Constitución dedicado a los derechos y deberes fundamentales, en concreto en el capítulo IV, destinado a las garantías de las libertades y derechos fundamentales. Por lo tanto, la finalidad del Defensor queda perfilada con claridad: **la defensa de los derechos reconocidos por la Constitución**. A tal efecto, la Constitución señala que la regulación del Defensor del Pueblo se hará mediante una ley orgánica, dejando así al legislador un amplio margen para establecer la regulación de la institución que se concretó en la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, modificada posteriormente por la Ley Orgánica 2/1992, de 5 de marzo, y por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre (LODP).

Para ejercer esta labor de garante de los derechos fundamentales se le ha encomendado, además de supervisar la actividad administrativa, la facultad de interponer recursos de inconstitucionalidad y de amparo. Ambas funciones, tanto la de garante de los derechos como su legitimación para la interposición de recursos, son **funciones de control**¹. A estas funciones hay que añadirles otras, muy importantes en materia de extranjería que el Defensor ha desarrollado a lo largo de estos años. Estas funciones, que podríamos llamar derivadas, van más allá de una estricta labor de supervisión administrativa para la defensa de los derechos. El Defensor también interviene en otros supuestos en los que no existe conculcación de derechos fundamentales, ni siquiera un ilícito en sentido técnico sino una **“mala administración”**, entendida ésta en palabras de CARBALLO MARTÍNEZ, como una serie de “supuestos variables o ‘numerus apertus’ de control de resoluciones administrativas que, aun siendo legales desde la perspectiva del derecho, pueden considerarse excesivamente rigurosas en su aplicación y, por lo tanto, generar situaciones injustas para el ciudadano”². Si bien es difícil perfilar el contenido exacto del concepto de mala administración, cabe deducir que del incumplimiento del deber de “buena administración” se derivan situaciones de “mala administración”, como las dilaciones indebidas o las decisiones discrecionales injustas, u otro tipo de situaciones en las que la concreción de la norma permite a la Administración una interpretación restrictiva de los derechos en

¹ Vid. SUANZES-CARPEGNA, Joaquín, La naturaleza jurídica del Defensor del Pueblo. En: *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1983, nº 8, pág. 79.

² Vid. CARBALLO MARTÍNEZ, Gerardo, *La mediación administrativa y el Defensor del Pueblo*, Thomson-Aranzadi, Madrid, 2008, pág. 225.

perjuicio de las personas. En este tipo de situaciones, en las que la mala administración afecta directamente a los derechos de los extranjeros, interviene el Defensor de manera asidua para exigir de las administraciones públicas una interpretación de la norma a favor de los derechos de los extranjeros.

La exigencia del Defensor a la Administración es relativa, puesto que no es un órgano dotado de poder resolutorio por sí mismo y sus decisiones carecen de fuerza vinculante³. No obstante, se ha ido configurado en el transcurso de su vida institucional como un “**poder disuasor**”, una “**magistratura de opinión**” o una “magistratura de persuasión”⁴. Es cierto que el Defensor no puede por sí mismo cambiar o anular ningún acto de la Administración, sin embargo, con sus resoluciones “sí puede incidir en la voluntad de ésta para que recapacite con su decisión y su postura. El Defensor del Pueblo sí puede influir en la actitud de la Administración para que modifique actos pasados e incluso, a través de sus correcciones, puede evitar que se repitan los mismos errores en el futuro. Por tanto el Defensor es una institución de garantía con incidencias en la actividad de los poderes públicos ya sea preventivamente o con efectos *post-factum*”⁵.

Este aspecto preventivo, como garante *a priori* de derechos subjetivos, resulta de extraordinaria importancia porque, en estos casos, el Defensor realiza un verdadero **juicio de oportunidad** de lo que es la aplicación de la ley. Se convierte en mediador ante la Administración, la ayuda a superar posible disfunciones, además de adelantarse a posibles lagunas del Estado de Derecho en la aplicación de las normas, convirtiéndose no sólo en “adversario de la Administración sino en “**colaborador**” de la Administración⁶. Cuando esta colaboración fracasa se emiten las correspondientes resoluciones del Defensor, recogidas en el artículo 30 de su Ley Orgánica⁷. La función de **mediación** del Defensor del Pueblo hace

³ Vid. SAUDINOS, José Manuel, En control parlamentario indirecto: el Defensor del Pueblo. En: La gestión de los fondos públicos: control y responsabilidades. Los derechos de los ciudadanos, las garantías y las vías de actuación para su efectividad, Aranzadi, Madrid, pág. 235.

⁴ En el debate constituyente sobre la redacción del artículo 54 CE y en la redacción de la LODP, una de las cuestiones más controvertidas fue precisamente la denominación de esta institución de de nuevo cuño en nuestro país: “mientras en el debate constituyente OLLERO GÓMEZ recordaba la distinción del profesor LA PERGOLA entre los magistraturas de opinión y de acción judicial al objeto de trazar las líneas divisorias con la justicia administrativa y constitucional, los senadores MORÁN y CALATAYUD se refirieron al DP como guardan de la Constitución en la tramitación de la LO 3/1981”, ROVIRA VIÑAS, Antonio, Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, Aranzadi, Madrid, 2001, pp. 59-60.

⁵ Vid. CORCHETE MARTÍN, María José, El Defensor del Pueblo y la protección de los derechos, Ediciones Universidad de Salamanca, 2001, pág. 46.

⁶ Vid. CARBALLO MARTÍNEZ, op. cit. 247-301.

⁷ Art. 30. 1. El Defensor del Pueblo, con ocasión de sus investigaciones, podrá formular a las autoridades y funcionarios de las Administraciones públicas advertencias, recomendaciones, recordatorios de sus deberes legales y sugerencias para la adopción de nuevas medidas. En todos los

que prime el principio de equidad en la aplicación del principio de legalidad -por el que está comprometido a velar-, atemperando el rigor de la norma que produce tantas situaciones injustas en el derecho de extranjería. Y de esta forma, en cumplimiento del principio de equidad, realiza una **función armonizadora** del contexto personal del ciudadano con la norma.

La función de mediación y de armonizador en términos de **equidad** le es atribuida al Defensor en el artículo 28.1 de su Ley Orgánica: “si como consecuencia de la investigaciones se llegase al convencimiento de que el cumplimiento riguroso de la norma puede provocar situaciones injustas o perjudiciales para los administrados podrá sugerir el órgano legislativo o a la Administración la modificación de la misma”. En pocos ámbitos del derecho administrativo como en el derecho de extranjería se produce tanta tensión entre las normas y su aplicación práctica (controles directos de personas, expulsión mediante la compulsión personal, privación de libertad, reagrupación familiar y derecho a la vida familiar, etc.). Como señala RODRÍGUEZ CANDELA, “son muchas las ocasiones en que el Defensor ha hecho uso de esta prerrogativa, bien pidiendo incorporar normas en vía de elaboración determinados aspectos, bien pidiendo abordar reformas legales, bien solicitando crear órganos inexistentes y todo ello en aras de una mejor tutela de los derechos de un determinado colectivo, en nuestro caso los inmigrantes y de superar situaciones injustas que de *lege data* se producen”⁸.

El Defensor no está sujeto a mandato imperativo alguno, no puede recibir instrucciones de ninguna autoridad y desempeña sus funciones con plena autonomía. Como organismo independiente, tiene reconocidos amplios poderes de investigación respecto de todas las autoridades públicas españolas. Estos poderes de investigación son cuantitativamente distintos de la actuación judicial. Nuestro método de actuación es mucho más dinámico y, también, mucho menos sujeto a procedimientos que se demoran en el tiempo. La LODP garantiza que el Defensor desempeñe su función con rapidez y plena accesibilidad a los ciudadanos (también lo puede hacer un diputado o senador o una comisión parlamentaria), los cuales pueden dirigirse a esta Institución invocando un interés legítimo, sin restricción alguna, y sin que puedan constituir impedimento para ello la

casos, las autoridades y los funcionarios vendrán obligados a responder por escrito en término no superior al de un mes. 2. Si formuladas sus recomendaciones dentro de un plazo razonable no se produce una medida adecuada en tal sentido por la autoridad administrativa afectada o ésta no informa al Defensor del Pueblo de las razones que estime para no adoptarlas, el Defensor del Pueblo podrá poner en conocimiento del Ministro del departamento afectado, o sobre la máxima autoridad de la Administración afectada, los antecedentes del asunto y las recomendaciones presentadas. Si tampoco obtuviera una justificación adecuada, incluirá tal asunto en su Informe anual o especial con mención de los nombres de las autoridades o funcionarios que hayan adoptado tal actitud, entre los casos en que, considerando el Defensor del Pueblo que era posible una solución positiva, ésta no se ha conseguido.

⁸ Vid. RODRÍGUEZ CANDELA, José Luis, La incidencia de la Oficina del Defensor del Pueblo en la política legislativa de extranjería. En: *Revista de Derecho Migratorio y de Extranjería*, 2014, Año XII, núm. 36, pág. 131.

nacionalidad, residencia, sexo, minoría de edad, la incapacidad legal del sujeto, el internamiento en un centro penitenciario o de reclusión o, en general, cualquier relación especial de sujeción o dependencia de una Administración o poder público. En la actualidad, un alto número de las quejas llega al Defensor del Pueblo a través del correo electrónico y para facilitar el uso de esta vía, la web de la institución (www.defensordelpueblo.es) dispone de un formulario de queja.

En temas de extranjería es muy importante una **accesibilidad y efectividad** fácil. En muchas ocasiones las personas se dirigen urgentemente a nosotros (por teléfono o por correo electrónico), sin necesidad ni siquiera de formalizar la queja por escrito (por ejemplo, personas que van a ser expulsadas de forma inmediata, viajeros que se encuentran en aeropuertos, víctimas de trata, ciudadanos que estén intentando acceder al territorio). Muchos temas de inmigración necesitan de una supervisión ágil, e inmediata, por ello la institución del Defensor del Pueblo cuenta con un servicio de guardia, operativo las 24 horas, todos los días del año, con una atención especializada y con capacidad de reacción: se contacta con la administración, se comprueba qué está ocurriendo, se realiza el diagnóstico y se valora si el procedimiento es conforme al ordenamiento y si la medida adoptada resulta proporcionada.

También es fundamental en el ámbito de la inmigración la facultad de **actuar de oficio**, es decir, por propia iniciativa del Defensor. Esta competencia resulta de extraordinaria importancia puesto que permite que el Defensor intervenga directamente, sin tener que esperar a la denuncia del afectado o de alguno de los otros sujetos legitimados para dirigirse a esta Institución. La actuación de oficio puede tener como origen la existencia por parte del Defensor de un programa de acción que le lleve a fijar determinados objetivos en su actividad investigadora, o bien presupone que se tenga conocimiento de la existencia de una presunta vulneración de derechos fundamentales, lo que puede producirse a través de las noticias aparecidas en los medios de información o por cualquier otra vía distinta de la comunicación por parte de los sujetos legitimados para interponer una queja⁹.

En la labor de su actuación de oficio, el Defensor puede girar **visitas** a centros y dependencias administrativas como Centros de Internamiento de Extranjeros, Comisarías de policía, Centros menores extranjeros no acompañados, Puestos fronterizos, Salas de asilo y rechazo de los aeropuertos, oficinas consulares, oficinas de extranjería, Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes). En unos casos, las visitas están motivadas por situaciones concretas expuestas ante la Institución y, en otros, se enmarcan dentro de nuestro programa de supervisión directa y habitual sobre los centros administrativos con más propensión a mostrar carencias o deficiencias.

⁹ Vid. SAUDINOS, José Manuel, op. cit. pág. 249.

En el desarrollo de la función del Defensor de supervisión de los centros privados de libertad en los que se encuentran extranjeros, es fundamental destacar brevemente la actividad desarrollada por el **Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (MNP)**.

La Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, que introduce una disposición final única en la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, designó a esta institución como MNP, asumiendo esta condición a partir del 5 de noviembre de 2009. El Defensor del Pueblo, en su condición de MNP, ha realizado hasta 2014 un total de 485 visitas y ha elaborado los oportunos informes, de conformidad con las previsiones del Protocolo facultativo a la Convención de Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (OPCAT)¹⁰. El principal objetivo de las visitas es detectar posibles deficiencias en el trato y las condiciones de las personas privadas de libertad que pudieran favorecer la comisión de torturas o malos tratos, o dificultar la investigación de este tipo de actos y, en su caso, su sanción.

Tras la realización de las oportunas inspecciones, el MNP elabora unas conclusiones que se trasladan a las administraciones pertinentes, con el fin de que las tomen en consideración y lleven a cabo las mejoras que sean necesarias para corregir los posibles problemas detectados, recordando que, si no se ejecutasen las referidas mejoras, se procedería a remitir Recomendaciones, Sugerencias o Recordatorios de Deberes Legales, haciendo uso de las prerrogativas que la ley otorga al Defensor del Pueblo. Por ejemplo, durante 2014 se realizaron 84 Recomendaciones, 114 Sugerencias y 6 Recordatorios de deberes legales¹¹. En el supuesto de que durante las visitas se tenga conocimiento de algún caso concreto de tortura o malos tratos, el MNP da traslado al área correspondiente del Defensor del Pueblo para que, si lo considera pertinente, en uso de las facultades que le confiere la legislación, inicie actuaciones. Con frecuencia, las visitas son multidisciplinarias, es decir, contando con la colaboración de técnicos externos, especialistas en medicina legal y forense, en psiquiatría y en psicología.

II. LAS RESOLUCIONES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO: UNA ACLARACIÓN PRÁCTICA

Como hemos apuntado anteriormente, el Defensor del Pueblo no es competente para modificar o anular los actos y resoluciones de la Administración pública pero puede sugerir la **modificación**, bien de los criterios que la Administración utiliza para la adopción de estos actos y resoluciones, bien de la norma cuyo cumplimiento riguroso puede

¹⁰

http://www.defensordelpueblo.es/es/Mnp/InformesAnuales/informeAnual_MNP_2014.pdf

Vid.

¹¹

http://www.defensordelpueblo.es/es/Mnp/InformesAnuales/informeAnual_MNP_2014.pdf pág. 13.

Vid.

provocar **situaciones injustas o perjudiciales** para los ciudadanos. El artículo 30 de LODP establece las características generales de los diferentes tipos de recomendaciones dirigidas a las autoridades y funcionarios de las Administraciones Públicas relativas a las actuaciones, u omisiones, de estas autoridades y agentes de las Administración. La LODP atribuye al Defensor del Pueblo la capacidad para formular advertencias, recomendaciones, recordatorios de deberes legales y sugerencias para la adopción de nuevas medidas a las autoridades y funcionarios de las Administraciones públicas. En todos estos casos, las autoridades y los funcionarios vendrán obligados a responder por escrito en el plazo no superior a un mes.

A primera vista parece que se establecen distintos tipos de categorías en las resoluciones, sin embargo, todas ellas tienen una finalidad común de **restablecer la legalidad administrativa y constitucional**. La posible confusión entre el contenido de los distintos tipos resoluciones ha generado bastante doctrina y el propio Defensor del Pueblo elaboró un informe en el que incluyó una definición comprensiva para cada una de las resoluciones propuestas en el artículo 30 LODP. El Defensor ha ido incorporando en sus informes anuales a las Cortes Generales una definición comprensiva de dichas resoluciones que se puede sistematizar de la siguiente manera¹²:

Advertencias: Son un tipo de resoluciones de juicios de oportunidad en relación con situaciones o circunstancias que requieren la adopción de medidas tendentes a mejorar. Se trata de una amonestación por falta de colaboración de la Administración con el Defensor.

Recomendaciones: Éstas pueden estar relacionadas con la aplicación, la anulación o el dictado de normas, aunque también pueden entenderse como juicios de carácter jurídico en relación al funcionamiento de la actividad administrativa.

Recordatorio de deberes legales de las Administraciones Públicas: Se trata de requerimientos relacionados con el cumplimiento de normas jurídicas. Se recuerda a las Administraciones la necesidad de ajustarse a un determinado deber legal.

Sugerencias: A través de este tipo de resoluciones se solicita la adaptación o la reconsideración de determinados actos jurídicos-administrativos o la modificación de los criterios para la aplicación de normas vigentes. Se trata de juicios de oportunidad que formula el Defensor en aras de una mayor eficacia en la acción administrativa y que consisten en la indicación relativa a la conveniencia de iniciar o corregir alguna acción administrativa.

Si formuladas las recomendaciones, no se produce una respuesta adecuada en tal sentido por la autoridad administrativa afectada, o ésta no informa al Defensor de las razones que estime para no adoptarlas, el Defensor podrá poner en conocimiento del

¹² Vid. ROVIRA VIÑAS, Antonio, Comentarios a la Ley Orgánica del Defensor del Pueblo, op. cit, pág. 769.

ministro del departamento afectado, o de la máxima autoridad de la Administración afectada, los antecedentes del asunto y las recomendaciones presentadas. La LOPD dispone que si con ello no se obtuviera una justificación adecuada a las recomendaciones formuladas, el asunto puede ser incluido en el informe anual presentado a las Cortes Generales, con mención de los nombres de las autoridades o funcionarios que hayan adoptado tal actitud entre los casos en que, considerando el Defensor que era posible una solución positiva, ésta no se ha conseguido. La LOPD prevé que el Defensor ejercerá sus funciones dando cuenta a las Cortes Generales. La Institución da cuenta anualmente al Parlamento de la gestión realizada en el informe, presentado ante las Cámaras que posteriormente es publicado. Según la Ley Orgánica, el Defensor ha de exponer en dicho informe anual el número y tipo de las quejas presentadas, las que han sido rechazadas y sus causas, las que fueron objeto de investigación y el resultado de las mismas, con especificación de las sugerencias o recomendaciones admitidas por las Administraciones públicas¹³.

De la tramitación de una queja pueden resultar varias resoluciones, es decir, en un mismo expediente es posible formular una sugerencia con varios contenidos, además de una o varias recomendaciones. También puede resultar de los hechos, la oportunidad de realizar una recomendación junto a un recordatorio de deberes legales. A modo de ejemplo, cabe citar aquí el caso de una investigación de oficio en el año 2010 que concluyó con varias sugerencias y varias recomendaciones. Este caso es ilustrativo de los criterios prácticos en la formulación de los distintos tipos de resoluciones.

En el presente caso el Defensor tuvo conocimiento de una información relativa a la situación del ciudadano colombiano interno en el Centro de Internamiento de Extranjeros de Madrid que habría sido objeto de malos tratos durante su permanencia en este centro. En atención a los datos disponibles se procedió a la apertura de una **investigación de oficio**¹⁴. El personal de esta Institución realizó, una inspección de la habitación donde se produjo el incidente, no considerándose plausible por el tamaño de la misma y por la ubicación del mobiliario la explicación oficial ofrecida de que el interno intentara “abandonar a la carrera la sala de reseña”, máxime cuando la puerta de la misma permanecía cerrada, según pudo comprobar esta Institución por el visionado de las grabaciones de la cámara de seguridad. Este era el motivo que los funcionarios adujeron para justificar el empleo de la fuerza mínima imprescindible para la reducción del interno. Al margen de otras consideraciones, parecía necesario esclarecer cómo el empleo de dicha “fuerza mínima” derivó en lesiones en el brazo derecho y la pierna izquierda. Además,

¹³ Pueden consultarse los textos íntegros de los Informes Anuales en <http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/index.html>

¹⁴ Vid. Recomendaciones y sugerencias del Defensor del Pueblo, Año 2010, pág. 29: http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/Recomendaciones/contenido_1311319805006.html

durante las dos últimas visitas realizadas por personal de esta Institución al citado centro, los días 18 y 20 de enero de 2010, se constató que eran varios los funcionarios que no portaban su números identificativos. Llamó igualmente la atención que, a pesar de que los hechos relatados tuvieron lugar el día 13 de enero, no se hubieran tomado de oficio las medidas necesarias a fin de proceder a realizar una copia de seguridad de las grabaciones de las cámaras, para evitar su destrucción por el transcurso del tiempo y disponer de ella ante eventuales peticiones de autoridades judiciales o inspectoras. Tampoco constaba que se hubiera realizado gestión alguna a fin de tomar declaración al interno con relación a los hechos antes de proceder a su expulsión de territorio nacional, ya que en el oficio que dirigió el Director del centro al Juez que decretó el internamiento se especificaba que se continuaban los trámites para su expulsión. De hecho, la existencia de un informe médico que reflejaba la realidad de unas lesiones de consideración, junto con una nota informativa de los funcionarios implicados amparando su actuación en la necesidad de emplear la fuerza “mínima necesaria”, hacía elemental la exigencia de que se abriera de oficio siquiera una indagación por parte de los órganos superiores responsables para objetivar los hechos y asegurar la corrección de la actuación policial.

A la vista del resultado de la visita, el Defensor decidió realizar **dos sugerencias**:

“1. Que hasta tanto se tome declaración al interesado se dicten instrucciones a la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación de Madrid, a fin de que se paralicen los trámites para proceder a la expulsión del interesado, poniendo esta circunstancia en conocimiento del Juez que acordó el internamiento. Asimismo y luego que se compruebe la directa participación en los hechos del funcionario tramitador del expediente de expulsión, deberá procederse a apartarlo de la instrucción.

2. Que se inicie un expediente disciplinario para determinar si en el incidente del que se viene haciendo mención se produjo un uso incorrecto de la fuerza por parte de los funcionarios policiales”.

Y, además, formuló **varias recomendaciones**:

“1. Que se recuerde a todos los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, incluidos aquellos que no vistan la uniformidad reglamentaria, la obligación de portar en lugar visible su número de carné profesional cuando accedan por cualquier motivo a un centro de internamiento de extranjeros.

2. Que se proceda a una revisión urgente de las cámaras de seguridad del interior de todos los Centros de Internamiento y del sistema de grabación de imágenes, dictando instrucción es a los Directores de los Centros a fin de que cualquier utilización de la fuerza mínima imprescindible por parte de los funcionarios sea almacenada debidamente y en la comunicación realizada al Juez que decreta el internamiento, se comunique que se encuentra a su disposición la citada grabación.

3. Que se dicten instrucciones para que ante situaciones de uso de la fuerza que concluyan en lesiones se inicien de oficio diligencias para investigar la proporcionalidad y oportunidad de dicho uso”.

Como es posible deducir de este ejemplo práctico, las **sugerencias** están dirigidas a reparar **la situación concreta del ciudadano**, individualmente considerado, y solicitar la modificación de los criterios para la aplicación de una norma específica. El Defensor realiza un juicio de oportunidad: que se paralicen los trámites para proceder a la expulsión del interesado a fin de comprobar la directa participación en los hechos de los funcionarios involucrados.

Con independencia de la situación concreta, el Defensor valora la oportunidad de formular **recomendaciones** con la finalidad de corregir una **práctica o mala administración generalizada**, por extensión geográfica o número de afectados, de la Administración. En este caso se recomienda (1) la obligación de portar en lugar visible su número de carné profesional a los funcionarios de policía, (2) la revisión urgente de las cámaras de seguridad del interior de todos los Centros de Internamiento y del sistema de grabación de imágenes y (3) la necesidad de dictar instrucciones para que ante situaciones de uso de la fuerza que concluyan en lesiones se inicien de oficio diligencias para investigar la proporcionalidad.

Este ejemplo ilustra bien el uso de los distintos tipos de resoluciones que utiliza el Defensor en su función de control de la legalidad, de mediación y de armonizador como garante del principio de equidad entre el ciudadano afectado y la normativa administrativa, además de mostrar cómo se realiza la apertura de una actuación de oficio y cómo se conduce una visita a un Centro de Internamiento de Extranjeros. Las sugerencias y recomendaciones fueron aceptadas solo parcialmente y el Defensor concluyó dando traslado a la Fiscalía General del Estado (el Artículo 25.1 de la LODP dispone que: “Cuando el Defensor del Pueblo, en razón del ejercicio de las funciones propias de su cargo, tenga conocimiento de una conducta o hechos presumiblemente delictivos lo pondrá de inmediato en conocimiento del Fiscal General del Estado”).

III. ANTECEDENTES DESTACABLES EN MATERIA DE DETENCIONES, EXPULSIONES Y CENTROS DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS (CIE)

Esta Institución ha prestado una especial atención al fenómeno de la inmigración y a la actuación de la Administración española en materia de extranjería y ha pretendido supervisar la acción administrativa, en el marco constitucionalmente asignado, con la finalidad de colaborar en la delimitación y concreción del régimen de garantías jurídicas de los extranjeros en España. Con anterioridad a la exposición directa de las actuaciones en materia de detenciones, expulsiones y CIE, es necesario apuntar brevemente la función del Defensor del Pueblo en la detección de problemas y “**zonas de sombra**” del ordenamiento jurídico de extranjería.

Desde el Defensor del Pueblo se obtiene **una perspectiva dinámica de los problemas** y es posible deducir patrones y fracturas generales del sistema, adelantándose a solucionar problemas que encuentran, posteriormente, una plasmación normativa. Es decir, el Defensor asume otra función más allá de la de control de la legalidad pre-existente, se convierte en “impulsor” de reformas legales y normativas, superando la defensa del derecho individual en busca de la defensa de la justicia.

En materia de extranjería, el Defensor ha incorporado aspectos importantes en normas en proceso de elaboración, ha solicitado reformas legales y ha pedido que se creen órganos inexistentes para tutelar mejor los derechos de los inmigrantes y superar las situaciones injustas en las que se encuentran ciudadanos extranjeros¹⁵. Algunos ejemplos de la labor del Defensor como precursor de modificaciones normativas en materia de extranjería son los siguientes:

1. Asistencia jurídica a extranjeros

El Defensor presentó recurso de inconstitucionalidad contra la **ley de asistencia de justicia gratuita** (Ley 1/1996 de 10 de enero) que excluía en el artículo 2 a los extranjeros no residentes legales y fue recogido, con algunas excepciones, en la Ley Orgánica 8/2000). El Tribunal Constitucional (Sentencias del TC 95/2003, 259/2007, 236/2007) consideró inconstitucional privar de este derecho a los extranjeros en situación irregular y hoy se encuentra recogido en el artículo 22 de la Ley Orgánica 2/2009¹⁶. La asistencia jurídica ha sido una preocupación constante para el Defensor y en el informe monográfico sobre asistencia jurídica a extranjero del año 2005 se puso de manifiesto la necesidad de una buena formación para los letrados que atendían a los extranjeros en los expedientes administrativos de devolución y expulsión¹⁷.

¹⁵ Vid. RODRÍGUEZ CANDELA, op. cit., pp. 155-159.

¹⁶ Artículo 22. Derecho a la asistencia jurídica gratuita. 1. Los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a la asistencia jurídica gratuita en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan, en las mismas condiciones que los ciudadanos españoles. 2. Los extranjeros que se hallen en España tienen derecho a asistencia letrada en los procedimientos administrativos que puedan llevar a su denegación de entrada, devolución, o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de protección internacional, así como a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice. Estas asistencias serán gratuitas cuando carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa reguladora del derecho de asistencia jurídica gratuita.

¹⁷ Informe sobre asistencia jurídica a los extranjeros en España (2005) http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/contenido_1261584153052.html

2. Representación del letrado en procedimientos judiciales de extranjería.

Con motivo del traslado a Algeciras desde Palos de la Frontera de un numeroso grupo de ciudadanos extranjeros en situación de irregularidad en el año 2003, esta Institución inició una investigación y se solicitaron informes a las autoridades responsables de aplicar la legislación de extranjería. Se concluyó que la asistencia jurídica prestada a los inmigrantes no se efectuaba en todos los casos con las garantías y eficacia que nuestro ordenamiento establece. Dos años más tarde, en 2005, se realizó una recomendación para se modificara la legislación vigente en materia de asistencia letrada al extranjero, de modo que el abogado que se designara para su defensa en un procedimiento que pudiera llevar aparejada la denegación de acceso a territorio nacional, su expulsión o su devolución, pudiera también **ejercitar la defensa** de ese ciudadano extranjero en cuantos procedimientos administrativos o jurisdiccionales guardasen relación con las situaciones anteriormente mencionadas¹⁸. Se rechazó y, actualmente, en el artículo 22.3 de nueva Ley 2/2009, se requiere expresamente nueva solicitud de asistencia letrada para acudir al procedimiento contencioso-administrativo¹⁹.

3. Medidas cautelarísimas.

En el informe monográfico sobre la asistencia jurídica a los extranjeros remitido a las Cortes Generales se formularon numerosas recomendaciones, entre otras, la dirigida al Presidente del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) para que se estableciera reglamentariamente un **servicio de guardia** de la jurisdicción contencioso-administrativa que conociera de las medidas cautelares que se solicitaran en el ámbito de la legislación de extranjería. Si bien no aceptó la recomendación, el CGPJ dictó un acuerdo por el que los Juzgados de guardia pudieran adoptar medidas cautelares inaudita parte en relación con actuaciones de la administración cuando implicaran expulsión, devolución o retorno, asilo.

¹⁸ Vid. **Recomendación 74/2003, de 5 de junio**, para que se modifique la legislación relacionada con la asistencia letrada al extranjero, con objeto de que el letrado de oficio que le asiste pueda también intervenir en los procedimientos jurisdiccionales. (BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 15, pág. 514).

¹⁹ Artículo 22.3: “En los procesos contencioso-administrativos contra las resoluciones que pongan fin a la vía administrativa en materia de denegación de entrada, devolución o expulsión, el reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita requerirá la oportuna solicitud realizada en los términos previstos en las normas que regulan la asistencia jurídica gratuita. La constancia expresa de la voluntad de interponer el recurso o ejercitar la acción correspondiente deberá realizarse de conformidad con lo previsto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, o en caso de que el extranjero pudiera hallarse privado de libertad, en la forma y ante el funcionario público que reglamentariamente se determinen. A los efectos previstos en este apartado, cuando el extranjero tuviera derecho a la asistencia jurídica gratuita y se encontrase fuera de España, la solicitud de la misma y, en su caso, la manifestación de la voluntad de recurrir, podrán realizarse ante la misión diplomática u oficina consular correspondiente”.

4. Expulsiones

La existencia de **condenas penales** como motivo para fundamentar la expulsión de un ciudadano extranjero ha preocupado al Defensor desde el inicio de la puesta en funcionamiento de la Institución. Los conceptos jurídicos indeterminados como el de “orden público” que pueden conllevar una medida tan grave como la expulsión han de ser utilizados con la prudencia y el equilibrio necesarios para que la medida administrativa no se convierta en un acto arbitrario. En el Informe anual del año 1987, el Defensor advertía de la necesidad de esta prudencia en aplicación de la expulsión (antiguo 26.1d de la Ley 7/1985) y señalaba: “Esta **prudencia** también ha de inspirar la aplicación de la letra d) del artículo 26, que permite la expulsión del extranjero condenado, por cuanto no hay que olvidar que la mera tenencia de antecedentes penales, sin reincidir posteriormente, puede no ser significativa a la hora de proceder a aquella expulsión, a la luz de lo previsto en el artículo 25.2 de la Constitución española, al establecer que las penas privativas de libertad han de estar orientadas a la reeducación y reinserción social del penado, sin distinguir entre españoles y extranjeros”²⁰. Esta argumentación ha sido mantenida en todas las resoluciones del Defensor desde entonces, a pesar de que el Tribunal Constitucional en la Sentencia 236/2007 sostuvo que la rehabilitación e integración social del artículo 25.2 de la CE, utilizada por el Defensor en esa recomendación, no quedaban vulneradas por las expulsiones dictadas al amparo de las penas privativas de libertad superior a un año.

Igualmente, el Defensor del Pueblo en el año 1987 ya puso de manifiesto que no todas las causas de expulsión del antiguo artículo 26 mencionado eran iguales, sino que su gravedad era muy distinta y hubiese sido deseable que se acudiese a la sanción de multa en los casos de mera estancia irregular. La estancia irregular exclusivamente sería sancionada con multa en la LO 4/2000 (artículos 49 a) y 53) y con la LO 8/2000 vuelve a introducirse la estancia irregular como causa de expulsión en los artículos 53.a) y 57, si bien la jurisprudencia posterior del Tribunal Supremo estableció que la sanción era la de multa. A partir de entonces, el Defensor puso de manifiesto su preocupación por la aplicación del **principio de proporcionalidad** en la imposición de las sanciones previstas en la Ley de extranjería porque, a pesar de que el Tribunal Supremo (Sentencias de 25 de enero, 28 de febrero, 9 de marzo, 23 de octubre y 31 de octubre de 2007, entre otras) había establecido una línea jurisprudencial que consideraba que la sanción principal esa la de multa, las distintas plantillas policiales continúan proponiendo la sanción de expulsión por la mera estancia irregular y las delegaciones y subdelegaciones del Gobierno resolvían en ese sentido, sancionando con la expulsión de territorio nacional.

A la vista de lo anterior, esta Institución ha intervenido en numerosas ocasiones recordando que en cuanto sanción más grave y secundaria, la expulsión requiere una

²⁰ Vid. **Recomendación 59/1987**, formulada con ocasión del Informe a las Cortes Generales correspondiente a 1987, sobre aplicación de la Ley de derechos y libertades de los extranjeros en España. (BOCG. Congreso, Serie E, núm. 109, págs. 2885-2889).

motivación específica y distinta o complementaria de la pura permanencia irregular. Por lo anterior, la Administración había de especificar, si impone la expulsión, cuáles son las razones de proporcionalidad, de grado de subjetividad, de daño o riesgo derivado de la infracción y, en general, cuáles son las circunstancias jurídicas o fácticas que concurren para la expulsión y la consiguiente prohibición de entrada. Sólo en dos casos se mencionaba la carencia de pasaporte como circunstancia agravante y justificativa de la imposición de dicha medida, pero aun en estos casos, esta carencia se constataba en el momento de incoación del procedimiento y los informes de los casos no aclaraban si la falta de pasaporte quedó acreditada en el momento de la imposición de las sanciones. Esta Institución ha realizado numerosos **recordatorios de deberes legales** a fin de atender a los principios de proporcionalidad y motivación de los actos administrativos en la imposición de las sanciones previstas en la Ley Orgánica 4/2000, en los términos y con el alcance fijados por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Asimismo el número de **sugerencias aceptadas** para que se procediera a la revocación de la expulsión y a la imposición de multa en los casos de mera estancia irregular del artículo 53.1a) ha sido bastante elevado. Finalmente la posición de Defensor y la jurisprudencia del Tribunal Supremo se vieron reflejados en el artículo 57 de la Ley Orgánica 2/2009 y el artículo 233 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.

5. Centros de Internamiento de Extranjeros.

Han transcurrido treinta años desde que esta Institución formulase el día 3 de octubre de 1985, el primer recurso de inconstitucionalidad en materia de inmigración, contra los artículos 7, 8, 26 y 34 de la Ley 7/1985 de derechos y libertades de los extranjeros en España. El Defensor del Pueblo planteaba, en primer lugar, una serie de consideraciones básicas sobre los valores constitucionales en los que se fundamentaba el recurso y, entre otros, los derechos en relación con los cuales pudiera estar legitimado constitucionalmente el establecimiento de restricciones a su ejercicio por extranjeros. Se planteó una serie de cuestiones, que aún hoy resultan de completa actualidad: “¿significa ello que la Constitución otorga un ‘cheque en blanco’ al legislador ordinario?, ¿puede el legislador determinar cuantas restricciones considere oportunas?”.

Estas reflexiones enmarcaron el primer motivo de inconstitucionalidad que se centraba en someter a la consideración del Tribunal la posibilidad de que la autoridad administrativa pudiera imponer una sanción que implicase **una privación de libertad**, por entender que esa posibilidad era contraria al artículo 25.3 de la Constitución española. El Tribunal Constitucional estableció, en Sentencia del TC 115/1987, de 7 de julio, que la posibilidad de privar de libertad a personas extranjeras por la comisión de una infracción administrativa, no es inconstitucional siempre que esté sometida a un control judicial, señalando además que la decisión que acuerde el internamiento ha de ser adoptada mediante resolución judicial motivada y que ésta no sólo controlará el carácter

imprescindible de la pérdida de libertad, sino que permitirá al interesado presentar sus medios de defensa, evitando así que la detención presente el carácter de un internamiento arbitrario.

A la vista de las quejas que el Defensor del Pueblo ha seguido recibiendo desde entonces, resulta preciso recordar también otros dos pronunciamientos de la citada resolución en relación a los centros de internamiento. En primer lugar, el Tribunal Constitucional estableció que la medida de internamiento tiene un **carácter excepcional** de modo que “no es la sustanciación del expediente de expulsión, sino las propias circunstancias del caso, por razones de seguridad, orden público, etc., las que han de justificar el mantenimiento de esa pérdida de libertad, siendo el juez, guardián natural de la libertad individual, el que debe controlar esas razones”. Y en segundo lugar, el Tribunal señaló que la referencia que realiza la norma a que el internamiento ha de tener lugar en centros que **no tengan carácter penitenciario**, constituye “una garantía adicional que trata de evitar que el extranjero sea sometido al tratamiento propio de los centros penitenciarios”. A estas alturas, se puede decir que esta doctrina del Tribunal no ha sido aplicada con la debida claridad por parte de los distintos organismos con competencias en el internamiento de extranjeros y el Defensor así lo ha puesto de manifiesto²¹.

En 1993 el Defensor formuló una recomendación que fue incorporada en el OM de 22 de febrero de 1999 sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros²² en la que solicitó “(1) la elaboración de un **reglamento de régimen interior** para los centros de internamiento en el que queden definidos los derechos y deberes de los extranjeros internados; (2) la elaboración de un **programa informático** que permita a todos los jueces del territorio nacional conocer la situación del extranjero que le es presentado para que acuerde su internamiento; (3) la elaboración de un documento que permita identificar y conocer cuál es la situación del extranjero que abandona un centro de internamiento sin haber podido ser documentado con el fin de que el mismo le permita acceder a determinadas prestaciones de tipo asistencial, de las que pueden ser facilitadas por las ONG y (4) la necesidad de dotar a los centros de internamiento de **los medios materiales y humanos** necesarios en el cumplimiento de sus funciones”²³.

Otra recomendación destacable del año 2004, incluida en la última reforma de la ley de extranjería, fue la relativa a **la inmediata puesta en libertad** de los extranjeros internados

²¹ Vid. Informe Anual año 2011, pág. 287.

http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/Documentos/Informe_2011.pdf

²² BOE núm. 47 de 24 de febrero de 1999.

²³ Vid. **Recomendación 43/1993, de 7 de septiembre**, sobre situación jurídica y asistencial de los extranjeros en España (BOCG. Cortes Generales. V Legislatura. Serie A. Núm. 26, pág. 135).

en centros cuando constara que la expulsión no podría materializarse²⁴. Esta Institución había recibido distintas quejas de letrados representantes de ciudadanos extranjeros internos por orden judicial, a los que o se había procedido a poner en libertad pese a la existencia de autos e la jurisdicción contencioso-administrativa que declaraban la suspensión e la ejecución de las órdenes de expulsión acordadas contra sus representados, por la única causa de estancia irregular en territorio español. En otros casos, se constató la incoación de procedimientos sancionadores por estancia irregular a personas que posteriormente demostraban que tenían reconocido legalmente su derecho a residir en territorio español. Se apreció la existencia de demoras en la puesta en libertad de los reclamantes, debido a que la autoridad gubernativa esperaba al pronunciamiento del juez de instrucción para dejar en libertad al ciudadano, pese a obrar en poder de la Administración documentos y datos que, de modo determinante, desvirtuaban la causa de expulsión. Entendía esta Institución que, al no constituir el internamiento una finalidad en sí misma sino una mera medida cautelar, nada impediría que la decisión de poner fin al mismo fuese adoptada por la autoridad administrativa -directamente concedora de la realidad del expediente y las posibilidades de que la expulsión pudiera o no materializarse- y, luego, comunicada al juez autorizante. Se hizo una recomendación para que en el Reglamento que se preparaba se eliminase el inciso “debiéndose solicitar a la autoridad judicial la puesta en libertad del extranjero cuando con anterioridad al transcurso de este plazo se tenga constancia de que la práctica de la expulsión no podrá llevarse a cabo”. No se hizo en el reglamento del 2004 pero se incorporó en el artículo 62.3 de LO 2/2009 que recoge la posibilidad de que la autoridad administrativa podrá acordar la inmediata puesta en libertad, sin perjuicio de comunicar dicha circunstancia a la autoridad judicial posteriormente.

IV. PRIVACIÓN DE LIBERTAD: DETENCIÓN DE EXTRANJEROS Y CONTROLES DE IDENTIFICACIÓN RACIAL

1. Controles de identificación racial y detenciones

Con motivo de numerosas quejas recibidas en la Institución de ciudadanos que expresaban su preocupación por la posibilidad de que se estuvieran realizando requerimientos de identificación sin otra base que los rasgos étnicos u otros signos externos distintivos de nacionalidad, se inició una investigación al respecto en el año 2010. En escrito remitido por la Dirección General de la Policía se manifestaba que el traslado a comisaría de un ciudadano extranjero, debidamente identificado, pero en situación irregular en España, encuentra amparo legal en los artículos 61.1.d), 62, 63 y 63.bis de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración

²⁴ Vid. **Recomendación 80/2004, de 26 de octubre**, para la inmediata puesta en libertad de los extranjeros internados en centros cuando conste que la expulsión no podrá materializarse. (BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 458).

social (LOEx) y en los artículos 11 y 20 de la Ley Orgánica 1/1992 sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (LOPSC). Además continuaba señalando que, por un lado, es obligación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, artículo 11.1a) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo (LOFCS) “proteger el libre ejercicio de los derechos y deberes y garantizar la seguridad ciudadana mediante el desempeño de las siguientes funciones: a) Velar por el cumplimiento de las leyes y disposiciones generales...”. Y que, por otro lado, el artículo 12 de la LOFCS atribuye al Cuerpo Nacional de Policía “las funciones previstas en la legislación de extranjería, refugio, asilo, extradición, expulsión, emigración e inmigración”; obligación que de no llevarse a cabo podría ser objeto de responsabilidad disciplinaria por dejación de facultades o deberes de conformidad con el régimen sancionador de las infracciones recogidas en el Título III de la LOEx. Por todo lo anterior, ese organismo consideraba que la conducción del extranjero a comisaría, aun llevando consigo la oportuna identificación, era “una interpretación integradora del ordenamiento jurídico basada principalmente en los textos y preceptos citados”. Además se añadía que los controles de identificación rutinarios en determinados lugares públicos de varios ciudadanos no están vinculados a la aplicación de la Ley de extranjería, ni a la Circular 1/2010, de 25 de enero, tratándose de controles realizados en lugares de gran afluencia de público en los cuales las Fuerzas de Seguridad realizan “labores preventivas que afectan tanto a ciudadanos extranjeros como españoles”.

A la vista del contenido de este informe se formuló **un recordatorio del deber legal** que incumbía a la Dirección General de la Policía de no proceder a la detención y posterior traslado a dependencias policiales de ciudadanos extranjeros, debidamente identificados, si no se daban los presupuestos legales de una detención penal o de una retención para identificación de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, o bien de una detención cautelar a la que se refiere el artículo 61.1.d) de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Asimismo se formularon **dos recomendaciones** a la misma Dirección General para que, en primer lugar, se modificara la Circular 1/2010, de 25 de enero, a fin de que sean correctamente interpretados los supuestos de “detención cautelar” y traslado a comisaría de ciudadanos extranjeros identificados y, en segundo lugar, se impartieran las instrucciones oportunas a fin de erradicar la práctica policial detectada consistente en controles de identificación, basados en perfiles étnicos y raciales, arbitrándose mecanismos de control a posteriori, que permitan verificar el número y la motivación de las identificaciones realizadas en la vía pública por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía²⁵.

Se aceptó el recordatorio y la recomendación relativa a **la improcedencia de detener y trasladar a dependencias policiales a los ciudadanos extranjeros, debidamente identificados, si no se dan los presupuestos legales de una detención penal, de una**

²⁵ Vid. Informe Anual del año 2011, pp. 330-331. http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/Documentos/Informe_2011.pdf

retención para identificación de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, o bien de una detención cautelar a la que se refiere el artículo 61.1.d) de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros. En concreto, el informe de la Dirección General de la Policía comunicó que existían diversas actuaciones policiales que, analizadas de manera incorrecta, podrían dar lugar a conclusiones erróneas sobre el motivo de su implantación. Era el caso, por ejemplo, de las diferentes activaciones del Plan de Protección y Prevención Antiterrorista que determinaba acciones selectivas de identificación y cuya aplicación se realizaba con más intensidad en los medios de transportes, por lo que podrían verse afectados inmigrantes en situación irregular. La alarma social que en determinados colectivos produjo la emisión de la Circular 1/2010, de 25 de enero, de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, había conducido a estimar conveniente la publicación en la Orden General número 1948 de fecha 21 de mayo de 2012, de la Circular número 2/2012, de esta Dirección General sobre identificación de ciudadanos, en la cual se disponía que la Circular de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras se adaptará, en cuanto a su interpretación y cumplimiento, a lo previsto en la reciente Circular, que entrará en vigor al día siguiente de su publicación en la Orden General del Centro Directivo. Por otra parte decir que, a lo largo del expositivo y de las disposiciones de la mencionada Circular 2/1012, se había recogido **el espíritu contenido** en los recordatorios del deber legal de esa Institución, tanto en la identificación de ciudadanos en aplicación de la Ley Orgánica 1/1992, como en las especificidades derivadas de la Ley Orgánica 4/2000, con las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica 2/2009. Asimismo, se significaba que el control de personas identificadas en virtud de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana se venía realizando a través del Libro de Registro de Identificados que obra en todas las Comisarías del Cuerpo Nacional de Policía.

A pesar del contenido descrito el informe de la Dirección General de la Policía no dio contestación a la recomendación realizada por esta Institución para que se impartiesen las instrucciones oportunas a fin de **erradicar la práctica policial detectada** consistente en controles de identificación, basados en perfiles étnicos y raciales, y se arbitraran **mecanismos de control a posteriori**, que permitiesen verificar el número y la motivación de las identificaciones realizadas en la vía pública por funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía. En consecuencia, se reiteró la recomendación mencionada, solicitando, además, que se informe acerca de las medidas previstas para que las identificaciones se realicen de forma proporcionada, con la menor incidencia en la esfera del individuo. En concreto, se solicitó información sobre las medidas que se habían dispuesto para evitar que se pudieran llevar a cabo identificaciones de personas que resulten innecesarias, arbitrarias y abusivas, así como información acerca de los mecanismos previstos para contabilizar el número de identificaciones realizadas por los funcionarios de policía en lugares públicos, en virtud de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, con anterioridad al traslado de los ciudadanos extranjeros, en caso de ser procedente, a las comisarías del Cuerpo Nacional de Policía.

Con posterioridad al cierre de nuestra investigación en el año 2012, se recibieron nuevas quejas en las que se concretaba el lugar y la hora de **más de trescientos controles de identificación**, determinados por perfiles étnicos y raciales, realizados en lugares públicos. De los escritos remitidos al Defensor del Pueblo se desprendía que continuaban los controles policiales y que la mayoría se realizan a primeras horas de la mañana, en los transportes públicos y, con frecuencia, por agentes de policía no identificados vestidos de paisano.

El Defensor reiteró que la identificación de ciudadanos por perfiles étnicos o raciales en España, por parte de funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, había sido recogida por varios organismos internacionales de derechos humanos desde el año 2005. La Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) había recomendado que las autoridades españolas estudiaran el alcance de la práctica de establecer perfiles étnicos detectada en las diferentes fuerzas policiales que operaban en España a nivel nacional, regional y local, y que tomen todas las medidas necesarias para erradicarlas. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos constató discriminación por motivos de perfiles raciales en el caso *Rosalind Williams Lecraft contra España* y condenó a España por violación de la prohibición de la discriminación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, instó a las autoridades españolas a que aseguraran “una prohibición efectiva de todas las prácticas en materia de perfiles étnicos por parte de las fuerzas policiales en todo el país”. También el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU, en las Observaciones finales sobre España, en marzo de 2011, recomendó que se tomaran medidas efectivas para erradicar esta práctica. En consecuencia, a la vista de las recomendaciones de los organismos internacionales para la prevención y erradicación de esta cuestión, así como de la recepción de continuas quejas relativas a esta práctica policial, el Defensor del Pueblo realizó las siguientes consideraciones a la Dirección General de la Policía:

(A) La Dirección General había comunicado que “resulta extremadamente dificultoso verificar el número y la motivación de las identificaciones de ciudadanos extranjeros debido a la complejidad y diversidad de las tareas policiales, las cuales constituyen un amplísimo abanico que abarca desde la prevención realizada por las Brigadas de Seguridad Ciudadana hasta la labor de los Grupos de Policía Judicial, de Información y de Extranjería”. Sin embargo, las dificultades inherentes a una supervisión eficaz de las identificaciones por motivos raciales no han sido impedimento para arbitrar mecanismos de control de prevención y erradicación, como se había demostrado en países tales como Reino Unido, Francia o Países Bajos donde se han publicado manuales de buenas prácticas dirigidos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para evitar este tipo de discriminación.

(B) Esa Dirección General también había señalado que carecía de medidas efectivas para determinar el carácter y la magnitud del uso de perfiles raciales en los controles de identificación, puesto que no existe una recopilación del número de identificaciones

practicadas a ciudadanos en lugares públicos, de modo que **resulta primordial, a juicio de esta Institución, obtener estos datos** a fin de determinar posibles tendencias discriminatorias. La falta de datos incide negativamente en la capacidad de elaborar las respuestas normativas pertinentes para erradicar estas prácticas. **Los formularios de identificación y registro** son una herramienta útil para cumplir este objetivo como ha concluido el proyecto denominado STEPPS, encuadrado en el programa AGIS de la Unión Europea, en el que se analizaron las prácticas de identificación y registros, entre otros, de la policía municipal y autónoma en Girona y de la policía municipal en Fuenlabrada (Madrid). El uso de formularios en los que se deja constancia del ejercicio de las facultades de identificación y registro ha demostrado ser un sistema eficaz para detectar la proporcionalidad de las actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sobre los ciudadanos extranjeros con el fin de adoptar medidas correctoras. Los formularios de identificaciones y registros permiten recoger estadísticas que revelen si las facultades discrecionales se ejercen de forma desproporcionada con determinadas minorías. Además, la disponibilidad pública de estadísticas y de datos puede servir para concienciar a la sociedad civil sobre sus derechos a la hora de la identificación y alentar posibles denuncias de discriminación.

Los formularios de identificación de personas en vía/lugar públicos y los registros deberían contener los siguientes datos: motivos de la identificación y registro, el objeto u objetos intervenidos, el nombre y comisaría de quienes realizan el registro, los datos de la persona sometida a identificación o registro, como el nombre, dirección y raza y/o etnia, datos que la persona puede negarse a facilitar. Tales datos deben ser recogidos con el debido respeto a los **principios de confidencialidad, consentimiento informado y auto identificación automática**. En este sentido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en las Observaciones finales sobre España, en marzo de 2011, recomendó recopilar información estadística sobre la composición étnica y racial de la población española porque es fundamental dado que “contar con este tipo de información estadística es trascendental para identificar y conocer mejor a los grupos étnicos y raciales presentes en su territorio, supervisan los tipos de discriminación y posibles tendencias discriminatorias contra ellos y la consecuente toma de medidas para hacer frente a dicha discriminación”.

A juicio del Defensor, resulta además preciso proporcionar a los funcionarios de policía la **formación adecuada en materia de diversidad** y sobre la forma de llevar a cabo controles de identidad con arreglo al principio de igualdad y la prohibición de discriminación, de conformidad con el artículo 40 del Código Europeo de Ética de la Policía, por el cual “la policía debe llevar a cabo sus misiones de manera equitativa, inspirándose, en particular, en los principios de imparcialidad y no-discriminación”.

Es necesario también un **análisis de los datos** obrantes de los formularios de identificaciones y registros a fin de adoptar medidas correctoras para evitar posibles

discriminaciones en los controles de identidad. Por esta razón resulta imprescindible el estudio de las estadísticas resultantes de los formularios de identificaciones y registros con el objetivo de revelar la falta de proporcionalidad en las actuaciones policiales sobre determinadas minorías étnicas.

Por último, el establecimiento de un proceso formal para llevar a cabo las identificaciones y registros supone una oportunidad para informar a las personas objeto de identificación sobre sus derechos y la forma de presentar una reclamación. Un **mecanismo de reclamaciones** es un medio muy importante para disuadir del abuso de las facultades policiales, pero también para restablecer y reforzar la confianza pública en el sistema policial gracias a una mayor responsabilidad en la denuncia de posibles discriminaciones. Por ello, es importante establecer un departamento o unidad específica especializada en reclamaciones de este tipo dedicada a investigar las denuncias de trato incorrecto y que esté facultada para adoptar medidas disciplinarias.

A la vista de las consideraciones anteriores se formularon las siguientes recomendaciones que fueron rechazadas en un principio²⁶:

Establecer el uso sistemático por parte del Cuerpo Nacional de Policía de formularios de identificación y registro en los que conste la etnia, raza y/o nacionalidad de la persona sometida al control de identidad, así como el motivo de la identificación, de acuerdo con los principios de consentimiento informado y confidencialidad.

Elaborar un Manual de procedimiento sobre el uso de los formularios de identificación y registro en vía/lugar públicos dirigido a todos los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía.

A partir de los datos obtenidos de los formularios de identificación, elaborar un sistema estadístico de recopilación y seguimiento de los datos desglosados por raza, etnia y/o nacionalidad.

Proporcionar a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía formación específica en materia de diversidad cultural y capacitación sobre la forma de llevar a cabo controles de identidad con arreglo al principio de igualdad y la prohibición de discriminación.

Constituir un mecanismo de reclamaciones encargado de recibir quejas individuales de personas objeto de identificación sobre posibles discriminaciones por parte de funcionarios de policía.

²⁶ Vid. **Recomendaciones 45/2013, de 17 de abril**, formuladas a la Dirección General de la Policía del Ministerio del Interior, para erradicar la práctica policial consistente en controles de identificación basados en perfiles étnicos y raciales, en http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/Documentos/E_1_Recomendaciones_2013.pdf

La Dirección General de la Policía en su respuesta comunicó que “existe una regulación legal y normativa suficiente para garantizar que la identificación de personas sea un procedimiento compatible y respetuoso con los derechos y libertades”. Asimismo señalaba que “el seguimiento de los datos consignados en los formularios propuestos conllevaría no pocas dificultades prácticas, pues precisarían de su registro en un fichero informático que habría de cumplir con las prescripciones de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, en la que además, los datos que hagan referencia al origen racial se consideran especialmente protegidos, exigiéndose para su recepción, seguimiento y cesión, el consentimiento expreso del afectado”.

Por lo tanto se procedió a suspender provisionalmente la actuación del Defensor del Pueblo ante la Dirección General de la Policía, y se iniciaron actuaciones ante la **Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)**.

Una vez recibida la respuesta de la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) sobre el contenido de un posible modelo de formulario de identificación y registro compatible con la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal, se reanudaron las actuaciones que habían sido suspendidas provisionalmente ante la Dirección General de la Policía, relativas a los controles de identificación basados en perfiles étnicos y raciales, reiterándose las Recomendaciones señaladas en el informe del pasado año. Este centro directivo comunicó que se habían impartido instrucciones con la finalidad de impedir que las identificaciones se iniciaran tras la concurrencia exclusiva de rasgos étnicos o nacionales de las personas identificadas, cuando ello no guardara relación con información de la que se pudiera disponer con anterioridad respecto a presuntos autores de una infracción criminal.

Asimismo se comunicó en el año 2014 que, en consonancia con los principios que respaldan las Recomendaciones efectuadas, el Cuerpo Nacional de Policía había asumido la oportunidad y conveniencia de mejorar la gestión, con todas las garantías legales, de las identificaciones de personas. Se habían iniciado los trabajos de forma coordinada con la Subdirección General de Logística, para implementar las modificaciones necesarias en los aplicativos que registran diferentes aspectos de la actividad policial, para que se puedan recoger los datos que deriven de la identificación de personas en la vía pública. Entre los objetivos de la modificación se encuentra la posibilidad de que el nuevo desarrollo de estos aplicativos posibilite la auditoría y exploración de las identificaciones con fines operativos y estadísticos.

A fecha de hoy, se siguen las actuaciones con la Dirección General de la Policía con el fin de alcanzar una resolución definitiva, para evitar prácticas discriminatorias en las identificaciones de las personas en los espacios públicos²⁷.

²⁷ La DGP ha informado que, durante el año 2014, se han practicado un total de 38.419 identificaciones, en base al artículo 22 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre protección

2. Centros de primera asistencia y detención de extranjeros

Además de las actuaciones del Defensor sobre los controles de identificación y las detenciones derivadas de estos controles, la Institución ha supervisado los centros de primera asistencia y detención de extranjeros²⁸. En los sucesivos informes anuales del MNP se ha destacado que las instalaciones que acogen a extranjeros en situación irregular que llegan a España en **embarcaciones desde el norte de África**, denominadas centros de primera asistencia y detención de extranjeros, no reúnen las condiciones más adecuadas para personas que llegan a las mismas después de una travesía que se alarga durante días en condiciones muy duras, tanto física como psicológicamente²⁹. El MNP ha expresado la necesidad de acometer una reforma urgente de estas dependencias dado el estado de conservación y mantenimiento de las mismas en el último informe presentado³⁰.

Como norma general, se adopta la medida de privación de libertad en tanto se realizan las gestiones o actuaciones necesarias tras la llegada a la costa de estas personas. La detención en estas dependencias, cuya duración media es de 48 horas, resulta especialmente difícil para aquellos colectivos que requieren de una mayor protección y deben ser protegidos con carácter prioritario, como es el caso de **menores y mujeres en estado de gestación**. Se ha llamado la atención para que se elabore un **protocolo diferenciado** de actuación para estos colectivos.

El MNP considera que se deberían buscar otras alternativas a la detención³¹. La Convención de Naciones Unidas de los Derechos del Niño establece que la privación de libertad de un menor debe ser una medida de último recurso y por el periodo de tiempo más breve posible. La alternativa a la detención en una comisaría o en dependencias similares, como los dispositivos de primera asistencia, sería el alojamiento en centros destinados a la acogida humanitaria. En el caso de que las medidas alternativas no puedan llegar a adoptarse, debería justificarse la inaplicabilidad de las opciones menos restrictivas y demostrar que la privación de libertad se realiza en el superior interés del menor. Dichas alternativas deberían aplicarse, de igual manera, a las mujeres gestantes o mujeres con niños, a las que, salvo excepciones adecuadamente justificadas, no debería detenerse. Es prioritario que, en los casos de menores acompañados de sus padres, el interés superior del niño conlleve, antes que a la detención de la familia, al mantenimiento de la unidad familiar

de la seguridad ciudadana. Del total, 19.658 se practicaron a ciudadanos extranjeros y, de ellas, 8.041 en Madrid.

²⁸ Según datos del Ministerio del Interior, en 2014 se han registrado un total de 12.549 entradas ilegales, lo que supone un aumento considerable respecto a las 3.237 del año 2013.

²⁹ Vid. Informes anuales del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura en <http://www.defensordelpueblo.es/es/Mnp/Defensor/anuales.html> pp. 128-130.

³⁰ Ibid. párrafo 370.

³¹ Ibid. párrafo 371.

sin recurrir a una medida privativa de libertad. En otros casos, los menores deben permanecer separados de adultos que no sean sus familiares. Asimismo se ha considerado que se debe **priorizar las reseñas** de los menores de edad o de las mujeres embarazadas, que han de esperar su turno junto al resto de los integrantes de la embarcación y deben facilitarse los medios para que las mujeres gestantes y los menores puedan ducharse, con agua caliente y recibir una alimentación adecuada de manera inmediata.

3. Breve mención sobre la detención de extranjeros en las salas de asilo y rechazo del Aeropuerto de Madrid-Barajas

Tanto en los Informes anuales del Defensor como en los Informes del MNP se ha expuesto los criterios que deben cumplirse en este tipo de dependencias de privación de libertad. En estas dependencias permanecen los ciudadanos extranjeros que han solicitado **asilo** en nuestro país y también ciudadanos extranjeros a los que no les ha sido permitida su entrada en España, al no cumplir los requisitos legalmente establecidos al respecto, en tanto se tramita su **expediente de rechazo en frontera** y se procede a la devolución al país de procedencia. La duración de la estancia de estas últimas personas en las dependencias depende de la frecuencia de los vuelos de las compañías en las que han viajado a España, pero, transcurrido el plazo de 72 horas sin que se haya podido llevar a cabo la devolución al país de procedencia, se debe solicitar una autorización judicial para que puedan permanecer en esas dependencias.

En general las visitas del MNP son de **carácter multidisciplinar** y se comprueba varios asuntos de importancia como la asistencia sanitaria o el estudio exhaustivo de los libros de registro para determinar la duración de la estancia de los rechazados y solicitantes de asilo y las medidas de seguridad que se consideren necesarias.

Tras un examen de los libros de registro correspondientes a las dependencias y las medias de estancia en los años 2012 y 2013, se pudo comprobar que, al menos, 162 personas en el año 2012 y 101, en el año 2013, habían permanecido más de 72 horas, pendientes de ser rechazadas, tanto en las dependencias de la T1 como de la T4 satélite. Asimismo, los solicitantes de asilo permanecen en las dependencias de la T4 satélite por un tiempo superior a los tres días. Durante este período de tiempo, las personas que permanecen en la T4 satélite carecen de luz natural y, tanto éstas como las que permanecen en la T1 no pueden salir al exterior. Por ello, se formularon sugerencias a la Dirección General de la Policía (DGP) para que se ubicaran en las dependencias existentes en la T1, tanto a las personas que han solicitado asilo, como a aquellas que, estando pendientes de su rechazo, fueran a permanecer más de 72 horas en las dependencias de la T4 satélite y que se adoptaran las medidas de seguridad que se consideraran necesarias para que estas personas puedan tener contacto con el exterior, al menos una hora al día, con el objeto de

realizar una actividad física, disfrutar de los efectos beneficiosos de la radiación solar o, el menos, respirar aire puro durante ese tiempo³².

Se comprobó que las entrevistas con las personas rechazadas o entrevistas a las potenciales solicitantes de asilo, en las que se aprecian **indicios de trata de seres humanos**, se efectúan en un espacio habilitado como un despacho, pero sin puertas y que carece de los mínimos elementos para ser considerado adecuado para conseguir crear el necesario clima de confianza que una potencial víctima de trata necesita. El citado espacio es abierto y de tránsito, por lo que cualquier persona podría oír las conversaciones. Por ello se formuló una sugerencia a la DGP para que las entrevistas a potenciales víctimas de trata se realizaran en un despacho cerrado, con el objeto de preservar su intimidad, lo que ha sido aceptado por dicho centro directivo.

Por último cabe destacar que se formuló una sugerencia a la DGP para que se deje **constancia audiovisual de las entrevistas** que se efectúan para determinar la inadmisión en territorio nacional, con el objeto de evitar posibles abusos o entrevistas trato inadecuado a los pasajeros o para dejar constancia de que lo reseñado por el funcionario concuerda con lo manifestado por el viajero. También se realizó una sugerencia para que para que se instalen **cámaras de video vigilancia** en el interior de estas habitaciones de aislamiento.

V. EXPULSIONES

El artículo 57 de la Ley Orgánica 2/2009 vincula la expulsión de un extranjero con la existencia de un procedimiento sancionador de carácter administrativo. Aunque las multas de contenido económico son las sanciones que el artículo 55 de la LO 2/2009 prevé para las contravenciones tipificadas contra ella, el artículo 57.1 permite que la sanción de multa pueda ser reemplazada por la de expulsión del extranjero infractor cuando éste haya realizado una conducta de las tipificadas como muy graves (artículo 54) (6) o alguna de las que los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53 califican como graves. En estos casos, la Ley requiere la tramitación de un procedimiento administrativo sancionador.

En el marco normativo del procedimiento sancionador de expulsión, son muy numerosas las cuestiones que se han puesto en conocimiento del Defensor, las relativas a la incoación de los procedimientos expulsión de ciudadanos extranjeros, a la tramitación de dichos procedimientos y a la materialización de las ejecuciones. Por este motivo esta presentación no es, en modo alguno, exhaustiva. Solo queda reflejada una selección de temas de importancia que pueden consultarse desarrollados en el Anexo que se ha incorporado al final del documento, en el cual, se han incluido otros asuntos destacables que concluyeron con recomendaciones a la Administración.

³² Vid. Informe Anual 2013 del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, pág.178.
http://www.defensordelpueblo.es/es/Mnp/InformesAnuales/InformeAnual_MNP_2013.pdf

1. Tramitación de los procedimientos sancionadores de expulsión

Desde el inicio de la Institución se han recibido numerosas quejas relativas a las **notificaciones** de las resoluciones sancionadoras de órdenes de expulsión. A fin de garantizar el efectivo acceso a los recursos y no causar indefensión, se formuló una recomendación aceptada en el año 1996 para evitar dilaciones en la notificación de los decretos de expulsión que dificulten el derecho a la defensa de los extranjeros³³. En concreto, se dirigió una recomendación a la Delegación del Gobierno en Madrid para que se proveyese lo necesario para practicar la notificación en dicho plazo, evitando así los obstáculos para el ejercicio del derecho a defenderse, ampliando igualmente esta recomendación a aquellos supuestos de extranjeros presos, a los que no se les practicaba la notificación hasta el momento de su excarcelación.

Más de quince años después, se realizó otra recomendación con contenido similar al constatarse que, entre la **notificación y la inminente expulsión**, no mediaba el tiempo suficiente para que el interesado a través de su representante legal, pudiera ejercitar el derecho al recurso y acogerse a las medidas de garantía que aluden a la petición de suspensión cautelar en sede contenciosa, para los supuestos en que concurren circunstancias de especial urgencia.

Específicamente se venían recibiendo quejas en las que algunos extranjeros que cumplen condena por una conducta dolosa que constituye en nuestro país delito sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año, son **detenidos tras su excarcelación** e interceptados por la Brigada Provincial de Extranjería. El motivo de su identificación y posterior detención se produce por su situación irregular en España, así como por tener decretada la expulsión por diez años; momento en que se les notifica la orden de expulsión, al amparo de lo dispuesto en los artículos 53.1 a) y 57.2 de la vigente normativa de extranjería y, al tiempo, se les traslada al Aeropuerto para dar cumplimiento a dicho decreto de expulsión, ya que, para estos supuestos, tienen orden de salida inmediata.

Por tanto, el objeto de la actuación del Defensor fue la de examinar la actuación de la Administración respecto a la urgencia de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en trasladar al extranjero al aeropuerto para su repatriación en el mismo momento en el que se le notifica la orden de expulsión. Se trató de valorar si la ejecución de la resolución de expulsión de manera simultánea a la notificación, puede crear serias dificultades para que la persona afectada o su representante legal interpongan un recurso efectivo ante una

³³ Vid. **Recomendación 98/96 de 12 de noviembre**, para evitar dilaciones en la notificación de los decretos de expulsión que dificulten el derecho de defensa de los extranjeros. (BOCG Cortes Generales. VI Legislatura. Serie A, núm. 91, p. 56).

<http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/Documentos/INFORME1996informe.pdf>

instancia nacional que permita la adopción de una medida cautelar de suspensión³⁴. Cuando se trata de proteger los derechos fundamentales de los extranjeros (derecho a la libertad y seguridad, integridad física y moral, igualdad, tutela judicial efectiva, etc.), acentúa la necesidad de que éstos dispongan de medios eficaces de respuesta frente a la inminencia de su expulsión, asegurando al máximo que **la tutela judicial implícita en el artículo 57.9 de la Ley de extranjería, no sea ilusoria y sí efectiva**. En este contexto legal, podría apreciarse que la actuación administrativa que se discute, se habría llevado a cabo con todo rigor, en cuanto que el artículo 63.7 de la Ley Orgánica 4/2000, en la línea con el artículo 236.2 del Real Decreto 557/2011, prevé que la ejecución de la orden de expulsión en los supuestos previstos en dicho artículo se efectuará de forma inmediata una vez notificada al interesado.

De conformidad con el principio de equidad en este caso concreto, esta Institución consideró que el término empleado “forma inmediata” al que alude la norma y que opera en nuestro acervo doctrinal como un concepto jurídico indeterminado, no debe concebirse en su aplicación singular, como una acción tan “inmediata” que impida el aseguramiento de las garantías de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva a las que, en su contexto, alude el artículo 21.1 de la Ley de extranjería. La “forma inmediata” debería modularse en su aplicación dado que, aunque la expulsión tiene que realizarse con prontitud en atención a la propia exégesis y naturaleza de un procedimiento preferente y sumario, lo anterior no debe privar al interesado de interponer el recurso contencioso-administrativo, así como de solicitar las medidas de garantía que aluden a la petición de suspensión cautelar en sede contenciosa³⁵.

El Defensor del Pueblo consideró que la aplicación de las medidas de ejecución del acto administrativo de expulsión en los términos cuestionados, no resulta compatible con el artículo 24 de la Constitución, dado que la inmediata repatriación de los extranjeros en el momento en que se les notifica la correspondiente resolución administrativa, les sustrae el derecho a utilizar los recursos pertinentes que permitan el ejercicio efectivo de la tutela cautelar en el orden jurisdiccional. Asimismo, no puede ignorarse que la autoridad policial, antes de notificar la orden de expulsión al interesado, ya ha realizado actos previos de ejecución consistentes en la reserva o compra nominativa del billete de avión del extranjero, así como otras actividades tendentes a asegurar el cumplimiento de la resolución. el Defensor del Pueblo considera que la realización sin conocimiento del

³⁴ Estos hechos pueden vulnerar, entre otros, el artículo 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el derecho de defensa y de tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24 de CE.

³⁵ El Auto del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2000, afirma que el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de ejecutividad del acto administrativo, “se concilian cuando se hace posible que la ejecutividad del acto administrativo pueda ser sometido a un Tribunal para que adopte la medida pertinente sobre su suspensión, especificando, además, que mientras se toma la decisión judicial sobre la suspensión cautelar, ésta no debe verse impedida por la ejecución del acto”.

interesado, de actos de ejecución subordinados al acto principal que todavía no ha sido notificado, resulta contraria al procedimiento debido, desnaturaliza el régimen de los actos administrativos ejecutables y, como consecuencia de ser desconocidos por la persona que ostenta un interés legítimo, puede constituir causa de nulidad o anulabilidad por incurrir en algún vicio o infracción del ordenamiento jurídico (artículo 62 y 63 LRJPAC).

Por todo ellos se formuló una **recomendación que fue rechazada** a la Secretaría de Estado de Seguridad para que (1) se dictasen las instrucciones oportunas para que los actos de ejecución de la resolución de expulsión a la que se refiere el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, sean realizados en tiempo y forma, después de que la persona legitimada hubiera tenido conocimiento a través de la preceptiva notificación. Y (2) se recomendó que, entre la notificación y la inminente expulsión, medie el tiempo suficiente para que el interesado a través de su representante legal, pueda ejercitar el derecho al recurso y acogerse a las medidas de garantía que aluden a la petición de suspensión cautelar en sede contenciosa, para los supuestos en que concurren circunstancias de especial urgencia³⁶.

En cuanto a la **asistencia letrada en los procedimientos**, se recibieron numerosas quejas referidas a la falta de asistencia letrada de los extranjeros detenidos en los procedimientos de ejecución de las órdenes de expulsión del territorio nacional. Se comprobó que la Comisaría General de Extranjería y Fronteras no consideraba preceptiva la asistencia letrada en los casos de extranjeros detenidos en un procedimiento de ejecución de una resolución de expulsión notificada con anterioridad.

El Defensor del Pueblo ha compartido el criterio expuesto por ese organismo respecto a que dicha asistencia letrada no está legalmente prevista de manera específica. Sin embargo, tras el estudio de las quejas recibidas con relación a este asunto, se comprueba que existe un número significativo de casos en los que las circunstancias de la persona afectada, en el momento de la ejecución de la resolución, son bien distintas de las que llevaron a dictar una resolución de expulsión en su momento. Este cambio de circunstancias (nacimiento de hijos, relación de pareja con ciudadano español, etc.) debería ser tenido en cuenta, a fin establecer unas garantías que permitan la tutela judicial efectiva de estos ciudadanos en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos para evitar que pueda producirse indefensión.

Existen casos en los cuales la resolución de expulsión no se notifica al letrado, creyendo válidamente que basta con hacerlo al propio interesado, y se ejecuta la expulsión de forma inmediata. En estos supuestos se puede producir indefensión ya que la falta de

³⁶ Vid. **Recomendación 154/2012, de 4 de diciembre**, formulada a la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, sobre la expulsión de personas extranjeras, con el fin de que se realicen tras la notificación a la persona legitimada, y para que esta disponga del tiempo suficiente para recurrir.

asistencia letrada en ese acto va a impedir al letrado solicitar una medida cautelarísima ante el juzgado competente, o bien se impide que el letrado alegue ante la Delegación o Subdelegación del Gobierno que dictó en su día la resolución, las nuevas circunstancias personales del interesado que podrían llevar a la revocación de la resolución dictada en su día. Por este motivo en 2014 se formuló una **recomendación** que fue aceptada para que se revisen los protocolos de actuación relacionados con el derecho de asistencia letrada en sede policial de los ciudadanos extranjeros detenidos con el fin de materializar la ejecución de una orden de expulsión, facilitando dicha asistencia cuando así se solicite y resulte necesario como expresión del derecho de tutela judicial efectiva contenido en el artículo 24.2 de la Constitución.³⁷

A pesar de la aceptación de la recomendación se ha continuado recibiendo quejas de letrados que afirman que les ha sido denegado en algunas dependencias policiales el derecho a entrevistarse con los extranjeros detenidos para ejecutar una expulsión. Se ha solicitado que se valore la procedencia de dictar instrucciones dirigidas a todas las Comisarías a fin de garantizar el derecho de asistencia letrada de los extranjeros detenidos que van a ser expulsados, en los términos que establece el artículo 17.3 de la Constitución.

2. Ejecución de las expulsiones

Existen numerosos ejemplos de intervención del Defensor del Pueblo dirigidos a evitar la ejecución de una orden de expulsión cuando ésta pueda causar perjuicios de difícil o imposible reparación al ciudadano extranjero. Para ilustrar la actuación del Defensor del Pueblo es destacable mencionar el caso de una ciudadana extranjera que, tras cumplir una condena en un Centro Penitenciario, había sido detenida para proceder a su inmediata expulsión como consecuencia de la resolución de un procedimiento sancionador por estancia irregular. El hecho de haber contraído recientemente matrimonio con persona de la Unión Europea, junto con el peligro que, por razones de discriminación por su orientación sexual corría su vida en caso de repatriación, dieron lugar a la tramitación de la solicitud de asilo que había formulado una tercera persona en su nombre, acogiéndose a los supuestos de imposibilidad que contempla el artículo 17.1 de la ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria y, en consecuencia la interesada fue puesta en libertad.

En otro caso se puso de manifiesto que, entre otras cosas, la Comisaría General no recibe directamente alertas del Alto Comisionado de Naciones Unidas (ACNUR) sobre la situación existente en países determinados que desaconsejen la expulsión, devolución o retorno de sus nacionales, aunque sí son tenidas en cuenta las provenientes de otras organizaciones u organismos. En un caso en el cual se realizó la entrevista a la interesada en un breve espacio de tiempo, de las alegaciones de la interesada respecto a la violencia física

³⁷ Vid. **Recomendación 255/2014, de 15 de octubre**, formulada a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, Ministerio del Interior, sobre la asistencia letrada de los extranjeros detenidos en los procedimientos de ejecución.

y sexual y otras circunstancias concurrentes, se dedujo que debía admitirse a trámite la demanda de protección internacional. La admisión, a juicio del ACNUR, permitiría valorar el caso en profundidad y dicha valoración debía incluir el riesgo de retorno a su país de origen y al de tránsito. El ACNUR había elaborado un informe denominado “*Posición del ACNUR sobre el retorno a Kivu Norte, Kivu Sur y las áreas adyacentes en la República Democrática del Congo afectadas por los actuales conflictos y violencia en la región*”, en el que se señalaba de manera expresa que los informes indicaban que las violaciones masivas y otras formas de violencia sexual continuaban siendo cometidas por las partes en conflicto.

A pesar de los informes mencionados y las declaraciones de la interesada en las diferentes entrevistas que realizó, no constó que se valorase el riesgo de su retorno. La Oficina de Asilo y Refugio denegó la solicitud de protección internacional y el reexamen, con oposición del ACNUR y, tras activarse el Protocolo Marco de Trata los funcionarios de la UCRIF, informaron desfavorablemente la concesión del período de restablecimiento y reflexión y de autorización de estancia, por estimar que no existían indicios de trata de seres humanos. Los propios funcionarios de la UCRIF se refirieron a la situación de conflicto del país de la interesada y a la posibilidad de que hubiera sido objeto de abusos sexuales por parte de miembros del ejército de su país.

A juicio de esta Institución, la intervención de la Administración española no fue correcta al tomar en consideración las circunstancias de la interesada de manera aislada y su retorno se llevó a cabo sin valorar el riesgo que conllevaba teniendo en cuenta además que pertenecía a un grupo de riesgo, dada su condición de mujer y la situación de violación de derechos humanos contra este grupo. Todo lo anterior permitió concluir que, antes de proceder a la repatriación de extranjeros procedentes de zonas en conflicto resulta obligado que la Administración española conozca la situación actualizada del país de origen y valore el riesgo que representa para la persona el traslado al país de que se trate, actuación que, como se ha dicho, no consta se llevara a cabo en el caso aquí tratado.

En consecuencia, se realizó una recomendación que fue aceptada para que se adopten las medidas oportunas para facilitar la comunicación con el ACNUR, a fin de conocer la situación actualizada de los países de procedencia de los extranjeros y valorar el riesgo de su expulsión o retorno, dejando constancia de tal valoración en el expediente³⁸. Se aceptó la recomendación pero se tuvo que reiterar y realizar un recordatorio de deberes legales al constatarse en el caso de un colectivo de malienses en el CIE de Madrid que no habían sido informado de su repatriación, ni parecía que hubiera documento que permitiese conocer la fecha de la consulta a ACNUR, ni la persona que la realizó, ni ningún otro dato sobre tal cuestión. Todo ello implicaba que la actuación realizada no se ajustaba a lo recomendado por esta Institución que, además de considerar muy relevante conocer la

³⁸ Vid. **Recomendación 190/2013, de 15 de noviembre**, formulada a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras del Ministerio del Interior, para que los órganos policiales contacten de manera habitual con el ACNUR.

situación del país de procedencia y valorar el riesgo de la repatriación, señalaba que debía dejarse constancia en el expediente de la valoración realizada. Se recordó el deber legal que le incumbe a la Administración de atender al cumplimiento del artículo 29 del 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 Extranjeros, impartiendo para ello las instrucciones necesarias.

3. Expulsiones y malos tratos policiales

En varios informes anuales se ha reflejado la necesidad de reforzar algunos aspectos del protocolo de actuación policial para repatriación y traslado de ciudadanos extranjeros por vía marítima y aérea, sobre todo en lo referido a **técnicas de contención física**³⁹. En este sentido, en el Informe Anual del año 2010 se recogió el seguimiento del procedimiento judicial tramitado para esclarecer la muerte, en el año 2007, de un ciudadano nigeriano en el avión que le trasladaba a su país y de otros procedimientos judiciales por posibles malos tratos durante el proceso de repatriación de otros extranjeros. Asimismo, se ha investigado el presunto maltrato que sufrió un ciudadano senegalés que se resistía a ser repatriado y que fue difundido en Internet. A la vista de estos casos se ha puesto de manifiesto la necesidad de reforzar los aspectos del protocolo de actuación policial para las repatriaciones y traslados de ciudadanos extranjeros por vía marítima y aérea, relacionados con las técnicas de contención física. Dejando constancia, en el último de los casos señalados, tras el visionado de las imágenes y una vez recibido el informe citado, que esta Institución no considera proporcionada una de las actuaciones por la que uno de los funcionarios coloca su pie sobre la espalda del interesado, sin que dicha actuación pueda ser compatible con los fines descritos en el informe, puesto que en ese momento el interesado se encontraba ya inmovilizado de pies y manos.⁴⁰

En todos estos casos, el objeto principal de las investigaciones se ha centrado en verificar la eficacia de **los mecanismos de prevención** y, en su caso, de persecución del uso excesivo de la fuerza durante los episodios en los que resulta necesario el uso de la contención física. A la vista de las quejas recibidas y del número de procedimientos judiciales que acaban siendo sobreesidos por la imposibilidad de continuar la investigación al haber sido expulsado el interesado, el Defensor continua alerta al objeto de identificar las carencias que pudiesen existir en el procedimiento y proponer, en su caso, las mejoras necesarias a fin de que no quede impune ningún uso excesivo de la fuerza durante la ejecución de las repatriaciones de los ciudadanos extranjeros.

³⁹ Vid. Informe Anual Año 2011, pp. 293-295.
http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/Documentos/Informe_2011.pdf

⁴⁰ Vid Informe Anual Año 2010, pp. 398-390.
<http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/Documentos/InformeAnualCortesGenerales2010.pdf>

En otro tipo de quejas se pone de manifiesto el temor de que **la irregularidad documental** en la que se encuentra el denunciante de estos malos tratos impida la efectiva investigación de los hechos denunciados, al ejecutarse la resolución de expulsión antes de que finalice el procedimiento penal. En estos supuestos el Defensor del Pueblo ha extremado su vigilancia, sin perjuicio de las actuaciones incoadas por la autoridad judicial competente por la presunta infracción penal, de las que igualmente se realiza el oportuno seguimiento. Por ello, tan pronto se tiene conocimiento de un posible maltrato a un extranjero, se procede a iniciar una urgente investigación y en los casos en los que el extranjero se encuentra privado de libertad, se realiza una **visita al lugar donde se encuentra**.

En términos generales, la sistemática de estas visitas consiste en visionar las cámaras de seguridad de la zona en que se produjeron los hechos, comprobar su grado de cobertura y conservación de grabaciones, realizar entrevistas con el interno, director del centro, personal de custodia policial, servicio médico y resto de internos que pudieran haber presenciado el altercado, revisar el expediente personal del afectado, así como los libros de visitas, incidencias sanitarias y de tratamiento.

La Sentencia TEDH/2012/71, de 24 de julio, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (caso B.S. contra España), ha establecido la existencia de una violación del **artículo 3 del Convenio** en su aspecto procesal y del artículo 14 en relación con el artículo 3 del citado convenio, como consecuencia de la demanda de una ciudadana congoleña contra el Reino de España presentada ante el Tribunal el 29 de septiembre de 2008, por el trato verbal y físico recibido por parte de los agentes de la policía nacional, por la ausencia de una investigación efectiva y por haber sido discriminada por su profesión, el color de su piel y el sexo. A juicio de esta Institución, si bien la citada resolución se refiere a un asunto concreto que lógicamente no puede extrapolarse sin más a todo el conjunto de situaciones, sí que permite identificar la cuestión que subyace en el conjunto de quejas formuladas a las que se ha hecho referencia y recuerda la necesidad de realizar una investigación efectiva sobre estos incidentes.

El problema se acrecienta cuando estas personas reciben notificaciones de la instrucción de diligencias previas que tienen su origen en la denuncia formulada por funcionarios de la policía nacional, por los mismos hechos que denunciaron los interesados. En estas quejas se refleja la preocupación de que ambos procedimientos en su fase preliminar, originados por **denuncias cruzadas** sobre situaciones fácticas acaecidas en el mismo tiempo y lugar, hayan recibido un tratamiento claramente diferenciado que, según el criterio de quienes sostienen su pretensión, no parece encontrar una justificación objetiva, dada la asimétrica línea investigadora que se produce entre ambas denuncias. Se consideró necesario dar traslado de este conjunto de consideraciones a la **Fiscalía General del Estado**, con el objeto de conocer si se preveía realizar una evaluación acerca de los medios de investigación con los que puede contar el Ministerio Fiscal para equilibrar las situaciones

jurídicas procesales de las partes en los casos de una doble denuncia por unos mismos hechos.

Igualmente, se solicitó información sobre las medidas razonables de investigación de los actos preparatorios de la acción penal que podrían introducirse en el marco de las competencias del Ministerio Fiscal, para la búsqueda de una mejor respuesta material y procesal efectiva, en la protección de los derechos de estas víctimas, de los perjudicados por estos delitos, así como por las garantías procesales de los imputados. En su respuesta, la Fiscalía indica que los obstáculos más notables con los que se encuentra para clarificar las situaciones descritas tienen que ver con las **pruebas testimoniales de los extranjeros internados** (incluidas las de la presunta víctima) dado que en la generalidad de los casos, la ejecución de su repatriación es inminente. Se añade que los fiscales, en estos supuestos, acuden a la práctica de la prueba constituida ante la autoridad judicial de conformidad con la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁴¹.

4. Expulsiones de ciudadanos con expediente matrimonial en trámite

Se han realizado también intervenciones urgentes con objeto de impedir la materialización de la expulsión de ciudadanos extranjeros en situación documental irregular que, con ocasión de la tramitación de un expediente matrimonial con ciudadano español o residente legal, se habían personado en dependencias policiales. Tras iniciar la investigación correspondiente, la Secretaría de Estado de Justicia informó de que únicamente se requería **la cooperación policial** para labores de verificación documental, tanto del pasaporte como de la convivencia de los futuros contrayentes, sin que la entrevista en sede policial a la que son citados respondiese a ninguna instrucción específica del Registro Civil. Asimismo, se indicaba que dichas labores de verificación se realizaban para determinar si los contrayentes cumplían los requisitos exigidos por la normativa y las instrucciones dimanadas de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Finalizaba la informante indicando que, para la realización de tales labores, los registros civiles no exigían que el interesado se personase en dependencias policiales.

Esta Institución, tras el examen de las quejas recibidas, formuló una **recomendación a la Secretaría de Estado de Justicia que fue rechazada**⁴². En la citada recomendación se daba traslado de varios supuestos en los que se había acreditado que había sido el propio Registro Civil quien había entregado la citación policial y que, una vez en las dependencias policiales, el interesado había sido detenido y ejecutada la expulsión por estancia irregular. A la vista de lo anterior, se indicó a la Administración que las instrucciones de la Dirección

⁴¹ Vid. Informe Anual Año 2013, pp. 198-200.
<http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/index2013.html>

⁴² Vid. **Recomendación 37/2012, de 15 de marzo**, formulada a la Secretaría de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia, para que se impartan instrucciones a los Encargados de los Registros Civiles para evitar que, de manera sistemática, se considere la situación documental irregular de uno de los contrayentes como indicio suficiente para solicitar informe a la policía.

General de los Registros y del Notariado no pueden interpretarse de forma que el resultado sea coartar el derecho fundamental a contraer matrimonio, reconocido constitucionalmente en el artículo 32. Esta Institución viene apreciando que la forma de proceder de los registros civiles tiene precisamente el efecto de impedir que se celebre el matrimonio, dado que los funcionarios de policía, tan pronto se encuentran en presencia de un ciudadano sobre el que en su día recayó una resolución de expulsión, proceden a su detención para ejecutar la misma, con independencia de que el interesado haya acudido a las dependencias policiales en el marco de un expediente matrimonial.

La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de enero de 2006, sobre los matrimonios de complacencia, señala que el *ius connubi* debe siempre respetarse y que se trata de un derecho subjetivo de toda persona española o extranjera. Detalla, además, una serie de supuestos no relevantes para inferir de los mismos, aisladamente, la existencia de un matrimonio simulado, aun cuando en concurrencia con otras circunstancias puedan coadyuvar a la formación de una convicción positiva o negativa del encargado sobre la existencia de verdadera voluntad matrimonial. Entre **los supuestos que la instrucción enumera como no relevantes** se encuentra precisamente el hecho de que el contrayente extranjero resida en España sin la documentación exigida por la legislación de extranjería. En relación con esta cuestión, la instrucción señala de forma expresa: “De este dato no se puede inferir, automáticamente, la intención simuladora de los contrayentes en la celebración del matrimonio, como ya ha sido declarado en varias ocasiones por este centro directivo”. También se incluye entre dichos supuestos no relevantes el hecho de que los contrayentes no convivan juntos.

Se recordó que la función del encargado es comprobar si existe un verdadero consentimiento matrimonial. Según la instrucción mencionada, el expediente matrimonial previo está concebido fundamentalmente como un mecanismo de control de la capacidad nupcial de los contrayentes y el instructor debe deducir de la audiencia reservada, si existe intención de formar una familia por parte de los futuros contrayentes. La interrupción del expediente previo de capacidad provocada por la expulsión de uno de los contrayentes imposibilita la realización de la audiencia reservada en España y, en consecuencia, el desarrollo de la función asignada al encargado que ya no podrá llegar a ninguna conclusión, al no celebrarse siquiera la audiencia reservada de los futuros contrayentes.

En definitiva, esta Institución consideró que existen alternativas para evitar la interrupción brusca del expediente matrimonial, con el fin de evitar graves perjuicios a los futuros contrayentes. Por lo que se refiere a la labor asignada al encargado, y para poder formarse la necesaria convicción sobre la capacidad matrimonial de los contrayentes, podría realizar la audiencia reservada prevista en el artículo 246 del Reglamento del Registro Civil con carácter previo a cualquier otra actuación, y, en particular, a la averiguación sobre la autenticidad de los documentos, en el caso de plantearse dudas.

La Secretaria de Estado de Justicia sostuvo que el Encargado del Registro Civil tiene la obligación de cerciorarse de la autenticidad y legalidad de los documentos que se presentan en el expediente matrimonial y que la solicitud de informe policial sobre la convivencia o sobre la situación administrativa no tiene por qué ser sistemática y que desde la Dirección General de los Registros y del Notariado no se había impartido ninguna orden en el sentido de que se compruebe en cada caso la situación administrativa de los contrayentes o requerir investigaciones previas, dejando este aspecto, al parecer, en el marco de cada expediente, al Encargado del Registro. En definitiva, la Administración sostuvo que las detenciones y, en algún caso, expulsiones de ciudadanos extranjeros que tuvieron lugar en el marco de expedientes matrimoniales fueron puntuales, al no existir instrucciones para que se compruebe de manera sistemática la situación administrativa de los extranjeros que pretenden contraer matrimonio con ciudadanos españoles.

Con independencia de la diferencia de criterio con la Secretaria de Estado de Justicia, se han realizado numerosas sugerencias para que se revocasen resoluciones de expulsión dictada en su día contra ciudadanos extranjeros en atención a su condición sobrevenida de cónyuge de ciudadano español, siempre que no existan razones de orden público, de seguridad pública o de salud pública que lo impidan.

Se ha recordado que el artículo 61 del Código Civil señala que el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración, aun cuando para el pleno reconocimiento de los mismos sea necesaria su inscripción en el Registro Civil. Y la Dirección General de los Registros y del Notariado ha señalado que un enlace entre extranjeros celebrado conforme a su ley personal produce efectos desde su celebración. Por este motivo resulta preciso revisar la resolución administrativa dictada en su día porque las circunstancias personales del interesado, acontecidas con posterioridad a la fecha en la que se dictó la resolución de expulsión, han cambiado sustancialmente al ser cónyuge de ciudadano español.

5. Expediente sancionador a cónyuges de ciudadanos españoles

En otros casos se han intervenido mediante sugerencias concretas para cada caso a fin de paralizar la incoación de un procedimiento sancionador por estancia irregular a cónyuge de español, al amparo del artículo 53.1.a) de la Ley de extranjería. La Administración consideraba la situación de “irregularidad” derivada de la falta de recursos económicos de los ciudadanos beneficiarios del Real Decreto 240/2007. El Defensor del Pueblo estimó que no era correcta la incoación de expedientes sancionadores al amparo de la Ley 4/2000, de 11 de enero, en aquellos supuestos en los que la Administración había denegado la tarjeta de residencia de familiar de la Unión Europea, por incumplimiento de los requisitos del artículo 7 del Real Decreto 240/2007.

Sobre las exigencias que impone el citado artículo 7 a los ciudadanos españoles, esta institución ha expresado ya su posición a través de la recomendación dirigida a la Ministra de Empleo y Seguridad Social, a fin de que se eliminen, de los requisitos para la obtención

de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, la exigencia de recursos económicos suficientes y de seguro de enfermedad a los cónyuges, nacionales de terceros Estados, de ciudadanos españoles, residentes en España, cuyo matrimonio civil se encuentre inscrito en el Registro Civil español⁴³.

El Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, regula los supuestos en los que es posible la expulsión de los ciudadanos de países de la Unión Europea y sus familiares y ninguno de ellos concurre en el presente caso. La mencionada norma no prevé la posibilidad de imponer sanciones pecuniarias si se produce la denegación de una autorización de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea por la sencilla razón de que no considera que los familiares de éstos a los que resulta aplicable el mencionado Real Decreto se encuentren en situación de irregularidad. Por otro lado, la aplicación subsidiaria de la Ley 4/2000, en lo que se refiere a normas sustantivas, únicamente se prevé en aquellos casos en los que sus preceptos resulten más favorables y únicamente en materia procedimental se aplica de manera supletoria en lo no previsto por el Real Decreto 240/2007.

Por tanto se estimó procedente formular **una recomendación que fue aceptada** para que se impartiese instrucciones a las distintas comisarías para que no se incoe expediente sancionador a las personas que hayan visto denegada la tarjeta comunitaria por incumplimiento del artículo 7 del Real Decreto 240/2007, a excepción de los supuestos en los que proceda dicha incoación en virtud de las previsiones establecidas por el citado Real Decreto y siguiendo el procedimiento que éste dispone⁴⁴.

⁴³ Vid. **Recomendación 110/2013, de 26 de julio**, formulada a la Secretaría General de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, sobre la eliminación de los requisitos relativos a la exigencia de recursos económicos suficientes y de seguro de enfermedad para la obtención de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión a los cónyuges, nacionales de terceros Estados, de ciudadanos españoles y **Recomendación 240/2014, de 23 de septiembre**, formulada al Ministerio de Empleo y Seguridad Social, para eliminar de los requisitos para el reconocimiento de la condición de beneficiario en el Sistema Nacional de Salud, la exigencia de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea para los cónyuges de ciudadanos españoles residentes en España, cuyo matrimonio se encuentre inscrito en el Registro Civil español.

http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/Documentos/E_1_Recomendaciones_2013.pdf

⁴⁴ Vid. **Recomendación 235/2014, de 2 de septiembre**, formulada a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, Ministerio del Interior, para impartir instrucciones a las distintas comisarías para que no se incoe expediente sancionador a las personas a las que se haya denegado la tarjeta comunitaria por incumplimiento del artículo 7 del Real Decreto 240/2007, a excepción de los supuestos en los que proceda dicha incoación, en virtud de las previsiones establecidas por el citado real decreto y siguiendo el procedimiento que este dispone.

<http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/index2014.html>

6 Expulsión de residentes de larga duración que han cumplido condena superior a un año

Se ha intervenido en otras ocasiones que se han materializado expulsiones de residentes de **residente de larga duración, nacidos en España** y que cumplían condena superior a un año, sin haberse constatado que los ciudadanos fuesen un peligro del orden público o seguridad pública. En uno de los casos el interesado, nacido en España, tuvo residencia legal desde la edad de dos años hasta que se dictó en su contra una resolución de expulsión en el año 2012, que acordó la extinción de la tarjeta de residencia de la que era titular, conforme al artículo 57.4 de la vigente Ley de extranjería.

Se recordó que el artículo 57 de la vigente Ley de extranjería, que regula la expulsión del territorio nacional de los extranjeros, exceptúa de la aplicación de dicha sanción, entre otros, a los nacidos en España que hubieran residido legalmente en los últimos cinco años (apartado 5 a) y a los residentes de larga duración (apartado 5 b), con indicación de que antes de adoptar la decisión de expulsar a un residente de larga duración, debe 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 familiar y los vínculos con el país al que va a ser expulsado. Además se resaltó que la Directiva 2003/109/CE, de 25 de noviembre, sobre el Estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, establece en su artículo 12. Protección contra la expulsión, apartado 1, que “Los Estados miembros únicamente podrán tomar una decisión de expulsión contra un residente de larga duración cuando represente una amenaza real y suficientemente grave para el orden público o la seguridad pública”. Por tanto se dirigió un escrito a la Secretaría General de Inmigración y Emigración a fin de que se impartan instrucciones en el ámbito de sus competencias, a todas las Subdelegaciones y Delegaciones, para que se aplique correctamente la normativa vigente de manera correcta y, en particular el apartado 5 del artículo 57 de la Ley de extranjería.

7. Coordinación entre instancias judiciales y organismos que resuelven y ejecutan las expulsiones

En el año 2010 se inició con la Subdelegación del Gobierno en Barcelona una investigación relativa a la materialización de una resolución sancionadora de expulsión, dictada a un ciudadano ecuatoriano, una vez se había procedido a la revocación de la resolución sancionadora de expulsión y su sustitución por multa. Esto sucedió debido a la **ausencia de las conexiones de las aplicaciones informáticas de las Oficinas de Extranjería con el Registro Central de Extranjeros** en todo lo referente a los procedimientos sancionadores. A petición de Defensor la Subdelegación del Gobierno sugirió a la Dirección General de Migraciones una propuesta consistente en que, en los procedimientos sancionadores, el equipo de la Oficina de Extranjería de Barcelona que había procedido a la revocación de una expulsión y su sustitución por multa, pudiera modificar las grabaciones realizadas por cualquier equipo perteneciente a las comisarías de Barcelona que hubieran

realizado a la grabación de los datos en Adextra, a fin de evitar situaciones como la de la investigación concreta. La Dirección General de Migraciones acogió la propuesta de esa Subdelegación del Gobierno y la amplió a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras. Actualmente se continua con el estudio de las conexiones informáticas. Se ha informado de que a fin de realizar las modificaciones oportunas es necesario la coordinación con el Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Otro problema de coordinación entre órganos administrativos y, en este caso judiciales, se detectó en el año 2010 con un investigación iniciada tras la expulsión de un extranjero por la Comisaría de Policía de La Junquera (Girona), sin contar con autorización judicial. La Fiscalía señaló que, vistas las circunstancias, se hubiera autorizado la expulsión en todo caso. Pese a ello, el Defensor estimó incorrecta la actuación, formulando un **recordatorio de deberes legales** acerca de la obligación de obtener autorización judicial expresa para proceder a la expulsión de extranjeros imputados en procedimientos penales, en los términos del artículo 57.7 de la Ley Orgánica 4/2000. La investigación se cerró, tras comunicar la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil que daba traslado del recordatorio a la citada comisaría, señalando que las circunstancias del caso fueron excepcionales⁴⁵.

En otro caso, un letrado comunicó el internamiento en un CIE de una demandante de asilo, cuya solicitud se estaba valorando por orden judicial. La Delegación del Gobierno no aceptó la sugerencia efectuada para archivar la resolución de expulsión, que se dictó sin estar resuelta su solicitud de protección. En el curso de esta investigación, la Comisaría General de Extranjería y Fronteras informó de la mejora del sistema informático para posibilitar la grabación en Adextra de todas las actuaciones que afecten a las repatriaciones judiciales y administrativas.

En otras ocasiones se ha detectado que la **coordinación entre los distintos organismos es inapropiada**. El Defensor cuestionó que la Oficina de Extranjeros de La Rioja trasladase a la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras de la Jefatura Superior de la Policía de La Rioja los datos de identidad y filiación de los extranjeros a los que se había denegado determinadas autorizaciones de residencia, una vez que las resoluciones son firmes en vía administrativa. A juicio del Defensor, parece innecesario e incluso irrelevante que por parte de la oficina se traslade a la Brigada una lista de las personas que han visto denegada su solicitud de autorización de residencia y, por tanto, se encuentran en situación de irregularidad. La Oficina de Extranjeros puede vulnerar la legislación de protección de datos al ceder datos personales, toda vez que dicha cesión no es para fines históricos, estadísticos o científicos. De otro lado, se ha de recordar que la situación de irregularidad es

⁴⁵ Vid. Informe Anual Año 2010, pág. 381.

<http://www.defensordelpueblo.es/es//Publicaciones/anual/Documentos/InformeAnualCortesGenerales2010.pdf>

causa de una infracción de carácter administrativo y no penal. En el presente caso, la actuación de la oficina priva al extranjero de las facultades de control sobre sus datos personales, lo que, a juicio del Tribunal Constitucional, supone un quebranto de su derecho fundamental a la protección de datos, puesto que como establece la STC 11/1981, de 8 de abril (F 8) “se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección”. En opinión de esta Institución, es incuestionable que el traslado de la lista de personas en situación de irregularidad puede provocar una actuación inmediata por parte de las fuerzas policiales, con el objetivo de incoar expedientes sancionadores, tal y como ocurrió en el presente caso. Por ello se estimó procedente formular una recomendación que fue aceptada para que se dictasen instrucciones a la Oficina de Extranjeros, para que cesara la práctica de trasladar a la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras los datos de identidad de aquellas personas cuya autorización de residencia hubiera sido denegada⁴⁶.

8. Atención y protección a víctimas de violencia de género en situación irregular

La Ley Orgánica 10/2011, de 27 de julio, modificó los artículos 31.bis y 59.bis de Ley Orgánica 4/2000. Por lo que se refiere a la situación de los ciudadanos extranjeros, víctimas de delito en situación irregular, la citada reforma resolvía la situación de una parte de éstos, las mujeres extranjeras en situación irregular víctimas de violencia de género, impidiendo que, como ocurría hasta entonces, al denunciar en una comisaría a la mujer extranjera en situación irregular se le incoaba un expediente sancionador por estancia irregular. El Defensor del Pueblo venía denunciando la situación desde el año 2004, por lo que fue un motivo de satisfacción la citada reforma. Sin embargo, se ha de seguir avanzando para lograr el objetivo de que ningún ciudadano extranjero en situación irregular, víctima de cualquier tipo de delito, sienta temor a interponer denuncia en España.

9. Expulsiones de víctimas de trata

Otras situaciones que han requerido la intervención del Defensor del Pueblo en esta materia se refieren a la **ejecución de expulsiones o devoluciones de extranjeros, presuntas víctimas de trata de personas**. En estos supuestos, el interesado solicita la demora en la materialización de la expulsión, con el fin de permitir que la potencial víctima de trata formule denuncia o, si ya se ha hecho, que pueda valorarse en profundidad su situación con el objeto de determinar si resulta de aplicación el artículo 59 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, o el artículo 59 bis de la citada norma, sobre colaboración contra redes

⁴⁶ Vid. **Recomendación 16/2014, de 29 de enero**, formulada a la Delegación del Gobierno en la Comunidad Autónoma de La Rioja, para que cese la práctica de trasladar a la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras los datos de identidad de aquellas personas cuya autorización de residencia ha sido denegada. Aceptada.

http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/Documentos/E_1_recomendaciones_2014.pdf

organizadas y víctimas de la trata de seres humanos, respectivamente. Las sugerencias formuladas por esta Institución se concretaban en solicitar a la autoridad competente que demore la materialización de la ejecución. Las circunstancias expuestas y el riesgo de volver a caer en las redes, que sufren las víctimas de trata que retornan a sus países de origen, ha supuesto que las sugerencias formuladas fuesen aceptadas en su práctica totalidad.

Desde el año 2008 el Defensor del Pueblo ha venido dando traslado a la Administración de su preocupación por la desprotección de estas personas como consecuencia de la falta de aplicación de las previsiones de la Directiva 2004/81/CE¹ y, en concreto, de las previsiones sobre un período de reflexión, durante el que no se ejecutará en su contra ninguna medida de expulsión, que les permita recuperarse y librarse de la influencia de los autores de los delitos, así como decidir libremente si cooperan con las autoridades. Esta es la cuestión donde se detectó una mayor necesidad de adaptación del ordenamiento español a la mencionada directiva, ya que la misma otorgaba una protección específica a la víctima de carácter previo y con independencia de su grado de colaboración con las autoridades. En el mes de diciembre del año 2008, el Consejo de Ministros aprobó el *Plan integral contra la trata de seres humanos con fines de explotación sexual*, con la intención de convertirlo en el primer instrumento de planificación, de carácter integral, orientado a dar respuesta a situaciones de trata de seres humanos, con especial incidencia en mujeres y niñas.

A partir de ese año se tomó la decisión de analizar mediante un informe monográfico la trata de seres humanos en España a la vista de las quejas recibidas, fundamentalmente por parte de organizaciones no gubernamentales que trabajan con las víctimas, pero también por el conocimiento directo de la situación obtenido a través de las visitas que de manera periódica realiza el personal del Defensor del Pueblo⁴⁷. Las recomendaciones realizadas en el mencionado Informe han sido objeto de seguimiento y actualización en los informes anuales donde se ha dejado constancia de reconocimiento de las mejoras observadas en los distintos procedimientos y de las buenas prácticas detectadas⁴⁸.

10. Otras resoluciones destacables en materia de expulsiones

Se han realizado numerosas resoluciones, en concreto recomendaciones, sobre aspectos relacionados con la incoación, el procedimiento y la ejecución de expulsiones las

⁴⁷ Vid. Informe monográfico "*La trata de seres humanos en España: víctimas invisibles*", 2012 http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/Informe_Defensor_del_Pueblo_trata.pdf y RELAÑO PASTOR, Eugenia, "La protección de las víctimas de trata: un impulso desde el Defensor del Pueblo" en C. Pérez González (ed.) *Derecho internacional y protección de mujeres migrantes en situación de especial vulnerabilidad*, Tirant lo Blanch (2014) 261-319.

⁴⁸ Vid. Informe Anual año 2014, pp. 201-205. <http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/anual/Documentos/Informe2014.pdf>

cuales han sido recogidas en el Informe anual correspondiente al año en cuestión. Sería un trabajo muy extenso recoger todas las recomendaciones. Por este motivo, se ha realizado una recopilación de las recomendaciones más sobresalientes en el Anexo núm. 2 al presente texto. A continuación se citan el objeto de las recomendaciones que pueden ser consultadas en el mencionado anexo correspondiente al periodo 2000-2014:

- **Recomendación 26/2001, de 27 de marzo**, sobre aclaración del concepto de pretensión de entrada ilegal, a los efectos de aplicación de la medida de devolución y no de expulsión (Aceptada).

- **Recomendación 81/2001, de 8 de agosto**, sobre la puntual notificación de las resoluciones de expulsión para facilitar el acceso de los interesados a los recursos jurisdiccionales pertinentes (Aceptada).

- **Recomendación 70/2002, de 1 de agosto**, sobre agilización del trámite de notificación de resoluciones de expulsión para permitir el acceso efectivo a los tribunales (Aceptada).

- **Recomendación 109/2003, de 4 de septiembre**, para dejar sin efecto las resoluciones de expulsión dictadas en los expedientes, cuya incoación se realizó mediante notificación a la sede de una entidad no gubernamental en Las Pedroñeras (Cuenca) (Rechazada).

- **Recomendación 138/2003, de 6 de noviembre**, sobre los efectos de la apertura de un proceso de arraigo en relación con la iniciación de expediente de expulsión, cuando esté pendiente la resolución de recurso administrativo (Rechazada).

- **Recomendación 76/2003, de 12 de junio**, para que se adopten las medidas oportunas para mejorar la tramitación de las solicitudes de asilo; para detectar con mayor fluidez situaciones de saturación del servicio; y para que se deje constancia del motivo por el que se considera necesario abrir expediente de expulsión la solicitantes de asilo que han visto rechazada su petición (Aceptada parcialmente).

- **Recomendación 32/2004, de 25 de mayo**, para que se proceda a la revocación de oficio de las resoluciones de expulsión, cuando se aprecien circunstancias sobrevenidas que así lo aconsejen y sin que exija previamente el desistimiento de una acción judicial (Aceptada).

- **Recomendación 80/2004, de 26 de octubre**, para la inmediata puesta en libertad de los extranjeros internados en centros de internamiento cuando conste que la expulsión no podrá materializarse (Rechazada).

- **Recomendación 21/2005, de 5 de abril**, sobre la proporcionalidad que debe seguirse para determinar el plazo de prohibición de entrada como sanción accesoria en los procedimientos de expulsión (Aceptada).

- **Recomendación 90/2006, de 13 de diciembre**, para que se adopten las medidas pertinentes, a fin de que se cumplan todas las garantías legales en la identificación de indocumentados menores de edad, y que las resoluciones de expulsión o devolución que erróneamente les afecten sean eliminadas de los registros policiales (Aceptada).

- **Recomendación 64/2009, de 27 de mayo**, sobre la correcta aplicación de los mecanismos legales previstos para el caso de mujeres extranjeras víctimas de trata (Aceptada).

- **Recomendación 16/2012, de 31 de enero**, formulada a la Dirección General de la Policía del Ministerio del Interior, para que se modifique la Circular 1/2010, de 25 de enero, con el fin de que sean correctamente interpretados los supuestos de “detención cautelar” (Aceptada).

- **Recomendación 37/2012, de 15 de marzo**, formulada a la Secretaría de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia, para que se impartan instrucciones a los Encargados de los Registros Civiles para evitar que, de manera sistemática, se considere la situación documental irregular de uno de los contrayentes como indicio suficiente para solicitar informe a la policía (Rechazada).

- **Recomendación 154/2012, de 4 de diciembre**, formulada a la Secretaría de Estado de Seguridad del Ministerio del Interior, sobre la expulsión de personas extranjeras, con el fin de que se realicen tras la notificación a la persona legitimada, y para que esta disponga del tiempo suficiente para recurrir (Rechazada).

- **Recomendación 190/2013, de 15 de noviembre**, formulada a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras del Ministerio del Interior, para que los órganos policiales contacten de manera habitual con el ACNUR (Aceptada).

- **Recomendación 235/2014, de 2 de septiembre**, formulada a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, Ministerio del Interior, para impartir instrucciones a las distintas comisarías para que no se incoe expediente sancionador a las personas a las que se haya denegado la tarjeta comunitaria por incumplimiento del artículo 7 del Real Decreto 240/2007, a excepción de los supuestos en los que proceda dicha incoación, en virtud de las previsiones establecidas por el citado real decreto y siguiendo el procedimiento que este dispone (Aceptada).

- **Recomendación 255/2014, de 15 de octubre**, formulada a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, Ministerio del Interior, sobre la asistencia letrada de los extranjeros detenidos en los procedimientos de ejecución (Aceptada).

VI. CENTROS DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS (CIE)

Como se ha señalado con anterioridad, al Defensor del Pueblo siempre le ha preocupado que pueda acordarse una medida privativa de libertad en el marco de un procedimiento administrativo. Por ello se recurrió la constitucionalidad de la posibilidad que preveía el artículo 26.2 de la LO 7/85 de acordar el internamiento de un extranjero pendiente de expulsión en centros no penitenciarios. Sin embargo, como se ha expuesto, la STC 115/1987, de 7 de julio, reconoció la constitucionalidad siempre y cuando se respetasen el **principio de excepcionalidad y el favor libertatis**. El Tribunal Constitucional manifestó que no pueden ser de peor derecho las personas privadas de libertad sin haber cometido delito alguno que los privados de libertad por la comisión de un hecho delictivo⁴⁹.

Antes de exponer las actuaciones de esta Institución, es preciso recordar que no toda incoación de procedimiento sancionador de expulsión de ciudadano extranjero dará necesariamente lugar al internamiento en un CIE. El artículo 61 de la Ley sólo contempla esta posibilidad como una de las eventuales medidas cautelares que la Administración pudiera proponer al incoar un procedimiento sancionador de esta índole; medida que además tampoco resulta aplicable a todos los procedimientos sancionadores que pudieran determinar la expulsión del extranjero, sino únicamente a las conductas infractoras que se relacionen con las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 54, con las letras a), d) y f) del artículo 53 y con el apartado 2 del artículo 57. También la devolución del extranjero puede ser otro de los expedientes administrativos que dé lugar al internamiento del mismo en un CIE y, tampoco aquí, todo acuerdo de devolución del extranjero conlleva el internamiento en un CIE, situación prevista únicamente para aquellos casos, en que, de conformidad con el artículo 58.6 de la LO 2/2009, no resulte posible ejecutar la devolución en el plazo de setenta y dos horas.

Teniendo en cuenta estos antecedentes, el Defensor ha comprobado la efectividad del control judicial del internamiento y ha recordado a la Administración que estos centros **no tienen carácter penitenciario**, por lo que se ha de extremar el celo a la hora de regular las condiciones de vida de las personas en ellos internadas. Con motivo del Informe monográfico sobre *Asistencia Jurídica a los Extranjeros en España*, presentado en 2005, esta Institución formuló una recomendación para que se crease la figura del Juez de control de las condiciones de internamiento, que fue recogida en la reforma operada en la Ley Orgánica 4/2000 por la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre (artículo 62.6). En esa misma norma, en su disposición adicional tercera, confería al Gobierno un plazo de seis meses para elaborar un reglamento que regule el régimen de internamiento⁵⁰. Sin embargo,

⁴⁹ STC 115/1987, de 7 de julio, “el internamiento ha de ser en centros o locales que no tengan carácter penitenciario, garantía adicional que trata de evitar que el extranjero sea sometido al tratamiento propio de los centros penitenciarios” (FJ 1).

⁵⁰ Real Decreto 162/2014, de 14 de mayo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros. Vid. LOPEZ

el problema principal continuaba sin solventarse, ya que **la definición de los centros es de carácter negativo**, esto es, se establecía que no tendrá naturaleza penitenciaria, pero no regulaba cómo ha de ser ésta y cuáles han de ser sus límites. Resulta necesario recordar que la norma que aborda estas cuestiones debería tener el rango normativo suficiente puesto que regulaba el ejercicio de derechos fundamentales.

También en el Informe monográfico mencionado el Defensor del Pueblo destacaba la necesidad de la presencia del Ministerio Fiscal en las audiencias judiciales a los ciudadanos extranjeros para el internamiento, lo cual motivó una recomendación solicitando, entre otros extremos, que: “Se dicte una instrucción sobre actuación del Ministerio Fiscal en los casos de internamiento, que recoja, entre otros extremos, los siguientes aspectos:

La presencia del Ministerio Fiscal en las audiencias judiciales a los ciudadanos extranjeros. Que se vele para que, al tiempo que se pone a disposición de un juzgado a un ciudadano extranjero, le sean remitidos los documentos que acrediten las verificaciones efectuadas sobre su identidad en los ficheros policiales, así como todas las anotaciones que obren en dichos ficheros.

En tanto no se produce la modificación de las leyes procesales para que la audiencia al extranjero, sobre el que se ha solicitado una medida de internamiento se haga a través de una vista, que se adopte el criterio de favorecer las posibilidades de participación de los letrados en dicha audiencia, así como la posibilidad de que estos propongan la práctica de alguna prueba o anuncien su presentación.

Que el Ministerio Fiscal supervise la competencia territorial del juzgado ante el que se presenta la solicitud de internamiento, requiriendo del mismo su inhibición si se aprecia que no se corresponde con el lugar de la detención.

Que en las solicitudes de internamiento conforme a las previsiones del artículo 64.3 de la Ley de extranjería, si el interesado manifiesta haber estado sometido a una medida de privación de libertad de naturaleza similar al internamiento, durante la tramitación del expediente en otro país miembro de la Unión Europea, el criterio de ese Ministerio Fiscal sea el de oponerse a la autorización de la medida solicitada por la Administración española, hasta tanto no pueda ésta desvirtuar la declaración del interesado”⁵¹.

BENITEZ, Mariano, “El nuevo régimen jurídico de los Centros de Internamiento de Extranjeros. En *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. especial 99-100. Mayo-Diciembre 2014, pp. 1905-1935.

⁵¹ Vid. **Recomendación 98/2005, de 5 de octubre**, sobre formas de actuar por parte del Ministerio Fiscal en relación con la asistencia jurídica a los extranjeros en España. (BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 280, pág. 496)

<http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/Recomendaciones/Documentos/Recomendaciones2005.pdf>

Esta recomendación se reflejó en la Instrucción 6/2009 de la FGE y se incorpora a nuestra normativa en el artículo 62.1 de la LO 2/2009, donde se exige la audiencia del Ministerio Fiscal para poder acordar el internamiento de un extranjero.

El Defensor del Pueblo desde sus inicios viene realizando **visitas periódicas** a los centros de internamiento para conocer directamente la situación de las personas que se encuentran en ellos, teniendo en cuenta su situación de privación de libertad. De tales visitas se han elaborado las correspondientes actas y sus conclusiones han sido trasladadas tanto a los órganos administrativos correspondientes como a los directores de los centros, reflejándose todo ello en los informes que se presentan anualmente ante las Cortes Generales.

Esta labor de supervisión ha permitido a esta Institución **la identificación de las carencias más significativas del actual modelo**, de las que se ha dado traslado a los distintos organismos administrativos competentes⁵². De manera sintética se pueden destacar las siguientes:

1. Se ha identificado **una acusada tendencia a 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 deambulatoria. Resulta necesario evaluar la adecuación del modelo de gestión actual consistente en la custodia directa por parte del Cuerpo Nacional de Policía. Resultaría más lógico que dicha custodia policial se realizara desde el exterior de las instalaciones, asignando el papel de coordinación de la convivencia en el centro a personal especializado en la intervención social.

2. Se ha señalado también la necesidad de establecer **unos mecanismos efectivos de control de la actuación policial dentro de los centros**, debido principalmente a la falta de identificación de los funcionarios que trabajan en ellos (esta cuestión se ha solucionado con la nueva uniformidad, aunque el pequeño tamaño de los caracteres de la placa dificulta gravemente la identificación), así como **a las carencias y limitaciones del sistema de video vigilancia** que no se encuentra instalada en todas las zonas y sólo permite una grabación limitada de las imágenes y el posterior almacenamiento de las mismas.

⁵² Existen numerosas recomendaciones, entre otras: **Recomendación 35/91, de 20 de noviembre**, sobre las condiciones de los internamientos de extranjeros en el centro correspondiente de Madrid. (BOCG. Cortes Generales. IV Legislatura. Serie A, núm. 37, p. 110); **Recomendación 44/92, de 13 de octubre**, sobre condiciones del internamiento de extranjeros en la zona de Algeciras y Tarifa (Cádiz) (BOCG. Cortes Generales. IV Legislatura Serie A, núm. 51. p. 123); **Recomendación 72/1999, de 18 de noviembre**, sobre las condiciones de los locales en los que se aloja a los inmigrantes en las islas canarias (BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A, núm. 69,p.59); **Recomendación 73/99, de 23 de noviembre**, sobre el centro de internamiento de extranjeros de Málaga (BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A, núm. 69, p. 62); o **Recomendación 29/2002, de 26 de marzo**, sobre subsanación de las deficiencias apreciadas en los centros de internamiento de extranjeros (CIE) (BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A, núm. 442, p. 386), etc.

3. De manera reiterada se ha dado traslado a la Administración de la preocupación de esta Institución ante **la ausencia generalizada de servicios de asistencia social** dentro de los centros, a pesar de estar previsto en la normativa, lo que ayuda a crear un difícil clima de convivencia, dificultando enormemente las labores de custodia de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, que se ven obligados a realizar labores que van más allá de las que tienen encomendadas.

4. Se ha constatado **la ausencia de criterios uniformes para solicitar el ingreso en un centro de internamiento**, mezclándose en los mismos extranjeros que, tras salir de prisión, están pendientes de ser expulsados con personas que han sido detenidas por mera estancia irregular. Por tanto, resulta preciso dictar instrucciones claras que permitan a los funcionarios de policía encargados de tramitar un expediente sancionador en materia de extranjería conocer que la sanción tipo por la mera estancia irregular es la multa y no la expulsión.

Durante los años 2010 y 2011, esta Institución, en ejercicio de sus funciones como Mecanismo Nacional de Prevención (MNP), realizó visitas a los CIE con un enfoque esencialmente preventivo. Las recomendaciones y conclusiones formuladas se han incluido en los correspondientes informes anuales. Como resultado de toda esta actividad, se han formulado **recomendaciones ante la Dirección General de la Policía** que han sido aceptadas en algunos casos, cuestionadas en otros, o bien aplazado su estudio ante la ausencia de partidas presupuestarias. En el año 2014 el MNP realizó 9 visitas a distintos CIE, en concreto a los CIE de Algeciras, Barcelona, Tenerife, Las Palmas, Madrid y Valencia. Todas ellas fueron visitas de seguimiento y las de Algeciras, Tenerife, Las Palmas y Valencia se realizaron en compañía de técnicos externos⁵³. En el último Informe del MNP correspondiente al 2014 se recogen los **criterios mínimos** que deben cumplir los Centros de internamiento de extranjeros:

- El **control del estado de salud** de los internos en un CIE constituye un deber fundamental hacia cada uno de ellos, ya que su salud física y mental puede encontrarse afectada por experiencias traumáticas previas. Las especiales circunstancias que se dan en los internos en dichos centros, con malas perspectivas en cuanto a su situación personal, el desarraigo que en muchas ocasiones supone en personas que llevaban una vida adaptada, las escasas relaciones con sus seres queridos, la carencia de alternativas y el tipo de vida que se lleva en el mismo hacen recomendable que exista la posibilidad de asistencia psicológica.

- Sería recomendable que en todos los CIE se informara por escrito a los internos, a su llegada, sobre la existencia y funcionamiento del **servicio de asistencia sanitaria**, y sobre las medidas básicas de higiene.

⁵³ Según datos facilitados por la Dirección General de la Policía, 42.245 ciudadanos extranjeros detenidos, 7.340 fueron internados en los distintos CIE. De ese total, de 7.340 extranjeros internados, han sido expulsados 3.483.

- Se ha comprobado que en todos los CIE existe **presencia médica y de DUE**, aunque sería recomendable que el horario de presencia cubriera también las noches y los fines de semana.

- Se ha observado, y es motivo de preocupación, que el **principio de confidencialidad médica no siempre se respeta** en los CIE del mismo modo que en el exterior.

- Es importante efectuar analíticas a los internos, lo que no se realiza con carácter general, para poder detectar, en su caso, **enfermedades contagiosas** y adoptar medidas en garantía de la salud de todas las personas que conviven en el centro. Cuando un interno ingresa en el CIE no se realizan pruebas cualitativas de detección de drogas, ni se realizan de forma sistemática analíticas para descartar enfermedades infectocontagiosas de la forma más inmediata posible.

- Todos los **exámenes médicos deberían realizarse en privado** y, a menos que el médico interesado solicite lo contrario en un caso concreto, fuera de la vista del personal de vigilancia.

- Debe garantizarse que el personal médico tenga **acceso inmediato a intérpretes** cualificados, a fin de que el idioma no suponga un obstáculo para la comunicación fluida entre los servicios sanitarios y los internos que demanden atención médica, con el fin de conseguir que la misma se lleve a cabo de forma correcta, sin errores achacables a la comunicación y sin que afecte a su intimidad personal. Se ha observado que, en muchos casos, la traducción la realizan otros internos, y no todos quieren dar detalles personales a través de otros internos.

- La Recomendación formulada para elaborar **un protocolo de prevención de suicidios** para las personas que se encuentran privadas de libertad en los CIE ha sido aceptada mediante la publicación de una Instrucción de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras. No obstante, se ha observado en las visitas realizadas desde la publicación de dicha instrucción, que los servicios médicos de los distintos CIE no tienen conocimiento de la misma, por lo que sería recomendable desarrollar las previsiones de dicha instrucción a fin de asegurar su cumplimiento en todos los CIE.

- Sería deseable que en todos los CIE existiera un **Registro de demandas de asistencia sanitaria y de citas programadas**, con un mismo formato, sellado y foliado, y de acceso libre a todos los internos, donde constara, además de las demandas de asistencia sanitaria y de citas programadas, las asistencias diarias efectivamente prestadas.

- Tienen especial importancia **los informes médicos de las lesiones** que puedan presentar los internos. Se ha observado con preocupación que no siempre se emiten. También suele ser habitual que, en algunos centros, **los partes de lesiones** se remitan al director y que éste los traslade, en su caso, al juzgado de control del CIE. El MNP ha mostrado su preocupación a este respecto y así lo ha transmitido a las autoridades, al

considerar que los partes de lesiones deben remitirse, **por el médico que los emite, directamente al juzgado de guardia**, sin perjuicio de poder informar al juzgado de control, al juzgado que autorizó el internamiento y al fiscal.

- Para garantizar el control de la correcta aplicación de **los medios de contención** que se utilizan en los CIE, es necesario que todos ellos dispongan de un **libro de registro**, de cumplimentación obligatoria, donde se haga constar el nombre del interno, la utilización de medios de contención (fuerza física, esposas, separación temporal), el inicio y el fin de éstos, las incidencias que se puedan producir durante la situación de separación (comidas, visitas del médico, etc.) y la fecha de comunicación al juez de esta medida.

- 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.

- Los **registros personales con desnudo** se deben fundamentar debidamente, tal como se establece en la STC 17/2013, de 31 de enero, 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.

- La **información sobre los derechos y deberes a los internos** en los CIE debería estar disponible en los idiomas hablados más comúnmente por estos y, si fuera necesario, se debería recurrir a los servicios de un intérprete. Dicha información, además, debería incluir la posibilidad de interponer un procedimiento de hábeas corpus.

- Ha de mostrarse preocupación por el hecho de que los internos puedan ver limitados sus derechos legales, dependiendo del CIE donde sean ingresados, ya que si el centro se encuentra ubicado en una provincia distinta a aquella en la que el ciudadano extranjero tiene concedida la asistencia letrada gratuita, la posibilidad de entrevistarse con su abogado puede verse mermada. No obstante, se acoge con agrado que el nuevo Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los CIE haya recogido, en su artículo 15, la **Recomendación formulada a las autoridades para que se suscriban acuerdos de colaboración con los colegios de abogados**, para que los internos no vean limitados sus derechos legales.

- Otro motivo de preocupación ha sido 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.

- Se ha comprobado la falta de emisión, con carácter general, de **certificados médicos a los internos que van a ser expulsados** y no sólo a los que tengan alguna patología conocida, con el fin de confirmar que no existe inconveniente desde el punto de vista médico para materializar la expulsión, ya que estas situaciones pueden suponer un riesgo para la salud si se padecen determinadas patologías que habría que descartar. Es necesario que el examen se realice en el CIE y el resultado debe ir acompañado de un resumen de la **historia clínica** que contuviera, como mínimo, los antecedentes, el diagnóstico y el tratamiento prescrito que pudiera tener.

- Se concede especial importancia a la existencia de **sistemas de video vigilancia y videograbación** en las dependencias de privación de libertad, al considerar que dichos sistemas facilitarían considerablemente la investigación de cualquier alegación de comportamientos indebidos por parte del personal que presta servicios en dichas dependencias. Esto beneficiaría tanto a las personas que han podido sufrir esos comportamientos indebidos, como a los funcionarios a quienes se ha acusado infundadamente de haber recurrido a los malos tratos o a la presión psicológica. Dichos medios técnicos se deben extender a todas las dependencias en las que puedan permanecer personas privadas de libertad, con excepción de los aseos y las salas para entrevistas con los abogados.

- Se ha observado que no todos los **funcionarios que ejercen labores de custodia** están debidamente **identificados**. Se deben adoptar las medidas que sean necesarias, incluidas las disciplinarias, para un debido cumplimiento de esta obligación.

- Las **recomendaciones para que las labores de la policía se ciñan a la vigilancia externa de estos centros no han sido atendidas**, por lo que dicho personal debería ser seleccionado cuidadosamente, y recibir formación específica en materias tales como la comunicación intercultural, la interacción con personas detenidas o la prevención de los malos tratos.

- Se considera esencial que las autoridades faciliten **servicios de asistencia social y cultural en los CIE**, tal como previene el artículo 15 del Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los CIE.

- Debe garantizarse la **presencia de personal femenino** en las dependencias de custodia cuando haya mujeres privadas de libertad.

- Se aprecia que en el Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los CIE se establezca **la posibilidad de separación de los internos condenados o con antecedentes penales**, de aquellos otros que se encuentran internos por la mera estancia irregular en España.

- 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.

- Con carácter general, **las garantías recogidas por el CPT en su 19º Informe General**, respecto a que “los inmigrantes en situación irregular detenidos deberían gozar de la posibilidad de mantener contactos significativos con el mundo exterior (incluido el derecho a realizar llamadas telefónicas y a recibir visitas con frecuencia) y su libertad de movimiento en el centro de detención debería ser lo más amplia posible”, se cumplen en España. No obstante, preocupa que, en algún centro, los internos se vean **obligados al pago de tarjetas telefónicas** con un sobreprecio.

- 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.

- Los CIE deben contar con **material de ocio y lectura**, así como material deportivo adecuado, dado el tiempo libre con que cuentan los internos, que pueden permanecer hasta 60 días ingresados, y la falta de actividades y entretenimiento que se ha observado en las visitas a estos centros.

- De igual manera, sería deseable que todos los CIE tuvieran **patios con partes techadas**, para que los internos pueden salir al aire libre cuando las condiciones climáticas sean adversas.

- Es importante llamar la atención sobre la **falta de intimidad** en las duchas de algún CIE, al carecer de mamparas de separación, lo que debería corregirse.

- Durante las visitas realizadas se ha podido comprobar que a los internos no siempre se les permite **la salida nocturna a los aseos**, por lo que se ven obligados a utilizar botellas de plástico o usar los lavabos que se encuentran en el interior de sus dormitorios para miccionar, lo que podría considerarse un trato degradante.

- Las **necesidades específicas de higiene de las mujeres** privadas de libertad difieren significativamente de las de los hombres y deben ser tratadas de forma adecuada, y que el suministro de productos de higiene íntima femenina es de particular importancia, tal como

reflejaba el CPT en su 10º Informe General, al expresar: “La falta de tales necesidades básicas puede calificarse por sí misma como trato degradante”.

- Debe garantizarse que los internos tengan acceso a una alimentación adecuada y suficiente, con menús variados y con dietas especiales por razones médicas, religiosas o culturales, así como el acceso al agua potable en cualquier momento.⁵⁴

Además de la labor preventiva realizada por el MNP, el Defensor ha formulado **numerosas recomendaciones en su función de control de la legalidad de los Centros de Internamiento.**

Desde las primeras resoluciones formuladas por esta Institución puede observarse que abarcan numerosos aspectos relacionados con el internamiento de extranjeros: la oportunidad del internamiento, las condiciones de la estancia o el cese del internamiento de ciudadanos extranjeros. Como se ha adelantado en el apartado dedicado a las expulsiones sería muy extenso recoger todas las recomendaciones, por ello, se ha seleccionado un listado de las más relevantes incorporadas en el Anexo núm. 1 correspondientes al periodo 2000-2014. En todo caso, es necesario destacar dos recomendaciones realizadas en el año 2013: la relativa a la necesidad urgente de un protocolo de derivación sanitario y, otra más general, sobre distintas medidas también urgentes sobre el funcionamiento de los Centros de Internamiento.

En la primera, **Recomendación 41/2013, de 12 de abril**, formulada a la Secretaría General de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, se solicitaba la elaboración de un protocolo de derivación sanitario. Con motivo del fallecimiento de una ciudadana extranjera, interna en el Centro de Internamiento de Extranjeros de Madrid procedente de un Centros de Estancia Temporal para Inmigrantes (CETI), se comprobó tras solicitar información a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, que no existía ningún protocolo de derivación médica cuando los residentes de los Centros de Estancia Temporal para Extranjeros son trasladados a los CIE de la península. Las investigaciones realizadas por esta Institución permitieron afirmar que no existen garantías de que los servicios médicos de los CIE tengan conocimiento de las enfermedades detectadas y los tratamientos prescritos por los servicios médicos de los CETI. Ese desconocimiento supone un riesgo para la salud de las personas afectadas por una enfermedad y, en algún caso, podría conducir a situaciones de **riesgo para la salud pública.**

La ausencia de un protocolo de derivación sanitaria que establezca las actuaciones a seguir en los casos de personas que han recibido tratamiento sanitario en un centro de titularidad pública, como es el CETI y que son trasladadas, con autorización judicial, a un centro donde han de permanecer privadas de libertad durante un periodo máximo de 60

⁵⁴ Vid. Informe Anual 2014 del Mecanismo de Prevención de la Tortura, pp. 63 y ss.
http://www.defensordelpueblo.es/es/Mnp/InformesAnuales/informeAnual_MNP_2014.pdf

días, puede originar la interrupción de tratamientos médicos que, en determinadas patologías podrían implicar riesgos para el paciente y provocar que los servicios médicos del CIE prescriban tratamientos inadecuados o insuficientes, al no tener acceso a su historial clínico. En estos casos, es evidente que la Administración no puede dejar en manos de la persona que se traslada la decisión de comunicar la enfermedad que padece a los servicios médicos del CIE. Por todo ello se realizó una recomendación que fue aceptada para que se elaborase con urgencia un protocolo de derivación sanitario que se aplique en todos los supuestos de traslados de residentes en los Centros de Estancia Temporal para extranjeros (CETI) a Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE), con el fin de que los servicios médicos puedan conocer desde el momento de su llegada la historia clínica del interno y, en su caso, el tratamiento prescrito por los servicios médicos de los CETI.

La recomendación fue aceptada pero el personal de esta Institución ha podido comprobar, en visitas giradas a los CETI, que no remiten informe que responda a las exigencias contenidas en un acuerdo que se firmó, sino un simple certificado del médico del CETI, que no incluye el historial clínico completo, con la información necesaria para la correcta atención de los pacientes, esto es, los datos subjetivos proporcionados por el paciente, datos objetivos obtenidos de la exploración física y de las exploraciones complementarias, diagnóstico, pronóstico y tratamiento. Se ha reiterado que la ausencia de un informe médico completo puede originar la interrupción de tratamientos que, en determinadas patologías podrían implicar riesgos para el paciente y provocar que los servicios médicos del CIE prescriban tratamientos inadecuados o insuficientes, al no tener acceso al historial clínico. Actualmente se está impulsando la redacción de un Protocolo de actuación que incorpore a la Secretaría General de Sanidad para articularlo a través de medios informáticos que supongan una garantía adicional en términos de seguridad, agilidad y protección de datos de carácter personal.

La segunda recomendación que quisiera resaltar estaba dirigida a encontrar fórmulas racionales de gestión que mejoren las condiciones de funcionamiento de los centros, de conformidad con las recomendaciones planteadas por el Defensor del Pueblo a lo largo de estos años, incluyendo la posibilidad de que las tareas asistenciales sean asumidas íntegramente por personal especializado. Las **Recomendaciones 68/2013, de 22 de mayo**, formuladas y aceptadas parcialmente por la Dirección General de la Policía del Ministerio del Interior, sobre el funcionamiento de los Centros de Internamiento fueron las siguientes:

1. La Brigada que propone la expulsión o solicita el internamiento deberá **comprobar la situación personal y familiar del extranjero**. A tal efecto rellenará un formulario que deberá ser adjuntado a la solicitud de internamiento para comprobación del órgano judicial. En dicho documento se deberá consignar la fecha de comprobación y bases de datos consultadas, así como la inexistencia de solicitudes del extranjero para regularizar su situación que se encuentren pendientes de resolver por el órgano administrativo. En todo caso, con carácter previo a la propuesta de resolución, se deberán realizar las

comprobaciones necesarias a fin de verificar los datos de domicilio alegados por el interesado en el momento de incoación del expediente.

2. Arbitrar los medios necesarios para hacer efectivo **el derecho a la asistencia social de los extranjeros sometidos a internamiento**, previsto por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en su artículo 62 bis y limitar la labor de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía a garantizar la seguridad.

3. Intensificar los **controles de seguimiento en los convenios suscritos con las empresas que presten la asistencia sanitaria** dentro de los centros de internamiento de extranjeros a fin de garantizar que los internos reciban una asistencia sanitaria adecuada. Se deberá prestar especial atención al protocolo seguido en la revisión médica inicial.

4. Impartir instrucciones a fin de **garantizar la comunicación de los internos con el exterior**, estableciendo los sistemas que se entiendan necesarios que combinen la seguridad del personal que presta servicios en los centros y el derecho de los internos a disponer de sus teléfonos móviles.

5. Notificar a los internos con **antelación suficiente la fecha de la expulsión** y el resto de circunstancias (lugar en el que se llevará a cabo, ciudad de destino, etc.). La citada notificación se deberá realizar de forma que permita dejar constancia en el expediente del interno.

La Administración consideró que algunas cuestiones no precisaban modificación y otras las aplazaba hasta la entrada en vigor del Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros.

Por último, se han seleccionado las Recomendaciones más destacadas relativas a los Centros de Internamiento formuladas en el periodo 2000-2014 que pueden ser consultadas en su integridad en el Anexo núm. 1:

- **Recomendación 100/2000, de 29 de diciembre**, sobre comunicación a la autoridad judicial de las incidencias que se produzcan en relación con extranjeros sometidos a internamiento (Aceptada).

- **Recomendación 11/2001, de 7 de febrero**, sobre asistencia primaria a Inmigrante no alojados en el Centro de Estancia Temporal (CETI) de Melilla y agilización de las actuaciones para resolver la situación de extranjeros alojados en el mismo (Aceptada).

- **Recomendación 65/2001, de 5 de julio**, sobre construcción de nuevos centros de estancia temporal de inmigrantes en Algeciras y adecuación de varios ya existentes. Regularización de inmigrantes alojados en los CETI de Ceuta, Melilla y Las Palmas de Gran Canaria (Aceptada).

- **Recomendación 66/2001, de 5 de julio**, sobre construcción de nuevos centros de estancia temporal de inmigrantes en Algeciras y adecuación de varios ya existentes. Regularización de inmigrantes alojados en los CETI de Ceuta, Melilla y Las Palmas de Gran Canaria (Aceptada).

- **Recomendación 67/2001, de 5 de julio**, sobre construcción de nuevos centros de estancia temporal de inmigrantes en Algeciras y adecuación de varios ya existentes. Regularización de inmigrantes alojados en los CETI de Ceuta, Melilla y Las Palmas de Gran Canaria (Aceptada).

- **Recomendación 68/2001, de 5 de julio**, sobre construcción de nuevos centros de estancia temporal de inmigrantes en Algeciras y adecuación de varios ya existentes. Regularización de inmigrantes alojados en los CETI de Ceuta, Melilla y Las Palmas de Gran Canaria (Aceptada).

- **Recomendación 17/2002, de 1 de marzo**, sobre habilitación urgente de un nuevo centro de internamiento de inmigrantes para la Isla de Fuerteventura y mejora de las condiciones del que funciona (Aceptada).

- **Recomendación 29/2002, de 1 de marzo**, sobre subsanación de las deficiencias apreciadas en los centros de internamiento de extranjeros (CIE) (Aceptada).

- **Recomendación 30/2002, de 1 de abril**, sobre modificación de criterios para la aplicación de devoluciones y no de expulsiones a los que son detenidos mientras pretenden acceder irregularmente a territorio nacional. Aplicación efectiva de la posibilidad de solicitar anticipadamente el levantamiento de la medida de internamiento (Aceptada)

- **Recomendación 86/2002, de 2 de octubre**, sobre modificación de criterios para la aplicación de devoluciones y no de expulsiones a los que son detenidos mientras pretenden acceder irregularmente a territorio nacional. Aplicación efectiva de la posibilidad de solicitar anticipadamente el levantamiento de la medida de internamiento (Rechazada).

- **Recomendación 116/2003, de 24 de septiembre**, para que se dicten las instrucciones oportunas a fin de racionalizar los operativos de control de extranjeros en situación de irregularidad en los que pudiera resultar preciso efectuar detenciones; para que existan cauces de comunicación con otras administraciones concernidas; para establecer el orden de preferencia de unos extranjeros sobre otros cuando las plazas en los centros de internamiento sean escasas y para atender a la legislación sobre competencia territorial de la autoridad judicial en las autorizaciones de internamiento (Aceptada parcialmente).

- **Recomendación 96/2005, de 5 de octubre**, relativa a las garantías judiciales en el internamiento, al régimen de los recursos frente a la denegación de entrada y a la publicidad de las instrucciones administrativas de alcance general (Aceptada parcialmente).

- **Recomendación 77/2009, de 26 de junio** sobre verificación de las resoluciones judiciales que afecten a la suspensión de la materialización de una orden de expulsión cuando se reciben en los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIEs) (Aceptada).

- **Recomendación 113/2009, de 28 de septiembre**, para que no se solicite el internamiento de adultos acompañados de menores de edad en los centros de internamiento de extranjeros, en tanto no se adecuen módulos familiares específicos (Rechazada).

- **Recomendación 3/2010, de 21 de enero**, sobre la actuación de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía y la utilización de los sistemas de grabación en el Centro de Internamiento de Extranjeros de Madrid (Aceptada parcialmente).

- **Recomendación 41/2013, de 12 de abril**, formulada a la Secretaría General de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, para elaborar un protocolo de derivación sanitario (Aceptada).

- **Recomendaciones 68/2013, de 22 de mayo**, formuladas a la Dirección General de la Policía del Ministerio del Interior, sobre el funcionamiento de los Centros de Internamiento (Aceptadas parcialmente).

SEGUNDA PARTE
LAS “EXPULSIONES EXPRÉS”

LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LAS ÓRDENES DE EXPULSIÓN MEDIANTE DETENCIÓN, PRIVACIÓN DE LIBERTAD E INMEDIATA EXPULSIÓN: LA NECESARIA HABILITACIÓN PREVIA MEDIANTE ACTO ADMINISTRATIVO DICTADO DE CONFORMIDAD CON EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

José Alberto Navarro Manich

Abogado. Consultor de Derecho Administrativo de la Universitat Oberta de Catalunya

RESUMEN DE LA PONENCIA: Las órdenes de expulsión de extranjeros son actos administrativos que pueden ejecutarse forzosamente mediante la detención del extranjero por el Cuerpo Nacional de Policía, su privación de libertad durante un máximo de 72 horas y expulsión efectiva. La ejecución forzosa de actos administrativos requiere de unos requisitos procedimentales previos, como son la adopción de un acto administrativo específico que acuerde la procedencia de esa ejecución forzosa, y la elección del medio escogido de ejecución más acorde con el principio de proporcionalidad. En consecuencia, la Administración General del Estado, para ejecutar forzosamente una orden de expulsión mediante detención, privación de libertad y efectiva expulsión, deberá haber dictado un acto administrativo previo (distinto y posterior a la orden de expulsión) que acuerde esa ejecución forzosa, y que justifique que no existe un medio de ejecución adecuado que sea menos gravoso para los derechos del extranjero que su detención y privación de libertad.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. EL PRIMER PRESUPUESTO NECESARIO PARA LA EJECUCIÓN FORZOSA: EXISTENCIA DE UNA ORDEN DE EXPULSIÓN DICTADA POR LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO. III. LA DETENCIÓN, PRIVACIÓN DE LIBERTAD DURANTE UN PLAZO MÁXIMO DE 72 HORAS, Y EFECTIVA EXPULSIÓN COMO UN MEDIO DE EJECUCIÓN FORZOSA DE LAS ÓRDENES DE EXPULSIÓN. IV. LA NECESIDAD DE UN ACTO ADMINISTRATIVO ESPECÍFICO QUE HABILITE LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LA ORDEN DE EXPULSIÓN. LA MOTIVACIÓN DEL MEDIO DE EJECUCIÓN FORZOSA DE CONFORMIDAD CON EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. 1. La necesidad de un acto administrativo específico que acuerde y habilite la ejecución forzosa de la orden de expulsión. 2. La necesidad de apercibimiento previo; 3. El Derecho de la Unión Europea y el Derecho nacional exigen la justificación del medio de ejecución forzosa elegido de conformidad con el principio de proporcionalidad. V. EL ACTO ADMINISTRATIVO ESPECÍFICO QUE ACUERDE LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LA ORDEN DE EXPULSIÓN COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS. VI. LA REVISIÓN JURISDICCIONAL DE LAS

DETENCIONES, PRIVACIONES DE LIBERTAD DURANTE EL PLAZO MÁXIMO DE 72 HORAS, Y LA EFECTIVA EXPULSIÓN, COMO MEDIO DE EJECUCIÓN FORZOSA DE LA ORDEN DE EXPULSIÓN. 1. La revisión por la jurisdicción contencioso-administrativa; A) Inexistencia de resolución específica que acuerde la ejecución forzosa de la orden de expulsión, de conformidad con el artículo 93 de la Ley 30/1992. B) Existencia de resolución específica que acuerde la ejecución forzosa de la orden de expulsión. 2. La revisión por Juzgados de Instrucción. VII. VALORACIÓN FINAL.

I. INTRODUCCIÓN

La práctica administrativa en materia de ejecución de órdenes de expulsión de extranjeros consiste en proceder a la detención del extranjero en cuestión, su privación de libertad durante un plazo máximo de 72 horas, durante el cual se intenta su efectiva expulsión a través del punto fronterizo correspondiente.

Este modo de ejecutar las órdenes de expulsión tiene una específica cobertura jurídica en el artículo 64 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social [*Boletín Oficial del Estado* núm. 10, 12 de enero de 2000], según la redacción introducida por 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 su integración social [*Boletín Oficial del Estado* núm. 299, 12 de enero de 2009].

Por consiguiente, la Administración General del Estado esté habilitada para proceder a ejecutar forzosamente las órdenes de expulsión mediante la detención, privación de libertad durante el plazo máximo de 72 horas, y expulsión efectiva. Ahora bien, una cuestión es que la Administración General del Estado pueda emplear ese mecanismo de ejecución forzosa de las órdenes de expulsión, y otra bien distinta es que ese mecanismo pueda operar como un mero automatismo.

En efecto, cuando tratamos la ejecución forzosa de una orden de expulsión nos hallamos en el terreno de la ejecución forzosa de actos administrativos. En consecuencia, las previsiones de la legislación en materia de extranjería deben complementarse con el régimen general de ejecución forzosa de actos administrativos regulado en los artículos 93 a 101 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común [En línea] Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/1992/11/27/pdfs/A40300-40319.pdf>. Estas disposiciones establecen, entre otros aspectos, que la ejecución forzosa de un acto administrativo (como sería una orden de expulsión) requiere de una resolución específica habilitadora. Asimismo, la Administración debe justificar el medio de ejecución forzosa utilizado de conformidad con el principio de proporcionalidad. Es decir, de entre todos los medios de ejecución forzosa que sean adecuados para lograr el fin de ejecutar la orden de expulsión, se deberá

elegir el menos gravoso para los derechos del interesado. Por consiguiente, el mecanismo de detención, privación de libertad y efectiva expulsión no puede aplicarse automáticamente como si fuese el único medio posible. La Administración deberá justificar por qué no existe otro medio menos gravoso que también sea susceptible de lograr la finalidad perseguida.

En consecuencia, la Administración General del Estado requerirá de un específico acto administrativo que acuerde la ejecución forzosa de la orden de expulsión, el cual deberá justificar por qué el medio de ejecución forzosa elegido es conforme al principio de proporcionalidad. Sin ese acto, y sin esa ponderación del principio de proporcionalidad, la detención y privación del extranjero carecerán de cobertura jurídica.

Este elemento es esencial a la hora de resolver incidencias por parte de los órganos jurisdiccionales en relación con la ejecución forzosa de órdenes de expulsión. Como se analizará en el presente estudio, la ausencia de esta preceptiva cobertura jurídica, o la existencia de una inadecuada e insuficiente cobertura jurídica, debería conducir a la remoción de los efectos de una detención y privación de libertad contrarias a Derecho por no reunir los requisitos legalmente exigidos en materia de ejecución forzosa de actos administrativos.

II. EL PRIMER PRESUPUESTO NECESARIO PARA LA EJECUCIÓN FORZOSA: EXISTENCIA DE UNA ORDEN DE EXPULSIÓN DICTADA POR LA ADMINISTRACIÓN GENERAL DEL ESTADO

El artículo 57 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social [en línea* Disponible en: Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx) [en línea]. Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2000-544>, según la redacción introducida por 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 su integración social [en línea] Disponible en: la L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social [en línea]. Disponible en: http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2009-19949 regula la posibilidad de expulsar extranjeros del territorio nacional en el supuesto en que se encuentren en algunos de los supuestos legalmente establecidos. Estos supuestos son los siguientes:

1. El extranjero se encuentra 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.

2. El extranjero se encuentra trabajando en España sin haber obtenido autorización de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida.

3. El extranjero incurre en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento de las autoridades competentes los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio, así como incurrir en falsedad en la declaración de los datos obligatorios para cumplimentar el alta en el padrón municipal a los efectos previstos en esta Ley, siempre que tales hechos no constituyan delito.

4. El extranjero incumple las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente.

5. El extranjero participa en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

6. El extranjero ha sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en España delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados.

En cualquiera de estos supuestos tasados la Administración General del Estado, previa tramitación del procedimiento establecido en la legislación de extranjería, podrá acordar la expulsión del territorio nacional a través de una orden de expulsión. Debe destacarse la diversidad de causas que pueden fundar una orden de expulsión. En efecto, nos hallamos ante un abanico de conductas que van desde la mera situación irregular en España, hasta la comisión de delitos de cierta gravedad.

Esta heterogeneidad de supuestos es relevante a los efectos del presente estudio. Efectivamente, los perfiles que se derivan de estos supuestos serán también heterogéneos a los efectos de determinar la fuerza coercitiva e intrusión que será necesario y proporcionado aplicar en cada caso al ejecutar la orden de expulsión. Sería coherente pensar que no requerirá las mismas medidas de ejecución forzosa una persona que haya sido condenada por delitos graves, tenga riesgo de fuga y/o sea un peligro para la seguridad pública, que una persona que tenga arraigo en España y que se encuentre en una situación de mera irregularidad administrativa de no tener una autorización de residencia. Aunque en ambos casos puede existir una orden de expulsión y, por tanto, el resultado de la ejecución forzosa deba ser la efectividad de la expulsión, no parece que puedan tratarse con la misma intensidad y carácter gravoso unas situaciones tan diferentes. Y es que el principio de igualdad, según ha consagrado la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, consiste en tratar igual lo que es igual, y tratar de manera distinta lo que es distinto.

Pues bien, sin perjuicio de lo anterior, a los efectos del presente apartado debe destacarse que el punto de partida de la ejecución forzosa de una expulsión es la existencia

de una orden de expulsión, que se habrá dictado previa tramitación del procedimiento que resulte aplicable. Y estas órdenes de expulsión pueden responder a una diversidad de causas y de situaciones muy heterogéneas.

III. LA DETENCIÓN, PRIVACIÓN DE LIBERTAD DURANTE UN PLAZO MÁXIMO DE 72 HORAS, Y EFECTIVA EXPULSIÓN COMO UN MEDIO DE EJECUCIÓN FORZOSA DE LAS ÓRDENES DE EXPULSIÓN

Partiendo de la existencia de una orden de expulsión, la legislación en materia de extranjería prevé que ese acto administrativo puede ejecutarse forzosamente mediante la detención del extranjero, su privación de libertad durante un máximo de 72 horas, y su efectiva expulsión durante ese plazo a través del punto fronterizo que corresponda.

Esta cobertura jurídica se encuentra prevista en los artículos 63 y 64 de la Ley LOEx. Estos preceptos distinguen entre los supuestos en los que la orden de expulsión se haya dictado a través de un procedimiento preferente, y los supuestos en los que se haya dictado en un procedimiento ordinario.

En los supuestos en los que la orden de expulsión se haya dictado en un procedimiento preferente, “*La ejecución de la orden de expulsión [...] se efectuará de forma inmediata*” (artículo 63.7).

En cambio, en los supuestos en los que la orden de expulsión se haya dictado en un procedimiento ordinario, “*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*” (artículo 64.1).

La diferencia entre ambos supuestos reside en que las órdenes de expulsión dictadas en procedimientos ordinarios tienen un plazo voluntario de cumplimiento, mientras que las órdenes de expulsión en los procedimientos preferentes no tienen ese plazo voluntario de cumplimiento.

1. Así queda reflejado en el artículo 246 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 Ley Orgánica 2/2009 [en línea]. Disponible en http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2011-7703. Este precepto desarrolla las anteriores previsiones sobre ejecución forzosa de órdenes de expulsión, así como concreta la habilitación de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía para proceder a detenciones y privaciones de libertad, hasta el máximo de 72 horas, para proceder a la expulsión.

Por consiguiente, en caso de existir una orden de expulsión, la Administración General del Estado está habilitada para ejecutarla forzosamente mediante la detención y privación de libertad hasta un máximo de 72 horas. No obstante, como se expondrá a continuación, la habilitación normativa para acudir a este medio de ejecución forzosa no permite a la Administración aplicar un automatismo en este asunto. Requerirá la previa adopción de un acto administrativo habilitador específico, así como haber justificado esta restrictiva medida de conformidad con el principio de proporcionalidad.

IV. LA NECESIDAD DE UN ACTO ADMINISTRATIVO ESPECÍFICO QUE HABILITE LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LA ORDEN DE EXPULSIÓN. LA MOTIVACIÓN DEL MEDIO DE EJECUCIÓN FORZOSA DE CONFORMIDAD CON EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD.

1. La necesidad de un acto administrativo específico que acuerde y habilite la ejecución forzosa de la orden de expulsión

La orden de expulsión es, como se ha expuesto, un acto administrativo específico adoptado previa tramitación del procedimiento ordinario o del procedimiento preferente, según corresponda. Es especialmente relevante tener en cuenta que las detenciones y privaciones de libertad que puedan llevarse a cabo para ejecutar forzosamente una orden de expulsión, se han llevado a cabo para ejecutar forzosamente un acto administrativo específico. En efecto, no nos hallamos ante detenciones y privaciones de libertad derivadas de la comisión de delitos, o la prevención de riesgos para la seguridad pública.

Pues bien, a la orden de expulsión, como a todo acto administrativo sin excepción, le es de aplicación el régimen jurídico general de la ejecución forzosa de actos administrativos. La aplicación de esas reglas es ineludible en el presente caso de conformidad con el principio de legalidad. Aunque nuestro ordenamiento jurídico habilita a la Administración General del Estado para detener y privar de libertad a un extranjero para ejecutar una orden de expulsión, el ejercicio de esta potestad deberá desarrollarse con estricto cumplimiento de los requisitos y garantías legalmente establecidos que configuran esta potestad. En caso de que la Administración General del Estado actúe fuera de las estrictas reglas de la ejecución forzosa de actos administrativos, las detenciones y privaciones de libertad carecerán de la necesaria cobertura jurídica. Estarán fuera del cumplimiento del principio de legalidad.

Efectivamente, si la habilitación jurídica de estas detenciones y privaciones de libertad es la ejecución de actos administrativos, estas deberán de sujetarse, además de las reglas generales aplicables a las detenciones y a las privaciones de libertad, a los requisitos administrativos específicamente aplicables y necesarios.

En este sentido debe destacarse lo establecido en el artículo 93 de la Ley 30/1992:

“1. Las Administraciones Públicas no iniciarán ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico.”

2. El órgano que ordene un acto de ejecución material de resoluciones estará obligado a notificar al particular interesado la resolución que autorice la actuación administrativa.”

Este precepto no deja lugar a dudas. En el primer apartado exige, para la ejecución de un determinado acto administrativo, que se adopte una resolución específica que acuerde esa ejecución. Esa resolución constituye el verdadero “*fundamento jurídico*” de la ejecución forzosa del acto administrativo. Por tanto, si no se adopta esa resolución específica, la ejecución forzosa estará carente de “*fundamento jurídico*”.

El segundo apartado de este precepto obliga a la Administración a notificar al interesado que procederá a ejecutar el acto administrativo.

Por consiguiente, no podrá procederse a ejecutar una orden de expulsión sin que se haya dictado este acto administrativo específico que acuerde proceder a dicha ejecución. Debe señalarse que en la práctica administrativa actual no suele dictarse este acto administrativo específico, por lo que las correspondientes ejecuciones de las órdenes de expulsión (y en concreto las detenciones y privaciones de libertad) estarían carentes de “*fundamento jurídico*” según los términos del precepto antes reproducido.

Las disposiciones de la legislación de extranjería que regulan la ejecución de las órdenes de expulsión debe interpretarse de manera conjunta y complementaria con el artículo 93 de la Ley 30/1992. Aunque la práctica administrativa haya omitido la aplicación de este precepto a este caso, debe destacarse que no parece dilucidarse ningún argumento jurídico que permitiese aplicar una excepción del régimen jurídico general de ejecución de actos administrativos a las órdenes de expulsión.

No parece que pueda sostenerse que para ejecutar órdenes de expulsión no es necesaria una resolución específica que constituye el “*fundamento jurídico*” de dicha ejecución. Si esa resolución específica (con el correspondiente procedimiento) es necesaria para supuestos tales como la demolición de una construcción ilegal, o el embargo de bienes en caso de impago de deudas tributarias, no parece razonable que estas garantías procedimentales desaparezcan en un supuesto en el que la afectación de derechos individuales es mucho mayor y más coercitiva. En efecto, al constructor ilegal o al deudor de la Hacienda pública se le permite, antes de la ejecución forzosa de los actos que se han dictado en su contra, que regularice su situación si puede (legalizar la construcción ilegal, o pagar las deudas tributarias antes del embargo de bienes), o bien impugnar las resoluciones específicas de ejecución forzosa. Se trata de una garantía establecida con carácter general, y no existe ningún elemento normativo ni interpretativo que permita orillarla en el caso de personas que se encuentran en una situación en la que van a ser detenidas, privadas de libertad y expulsadas fuera del territorio nacional. Parecería razonable que en estos

supuestos de medidas intensamente coercitivas se aplicasen, como mínimo, las garantías generales de la ejecución forzosa de actos administrativos.

En todo caso, nuestro Derecho positivo y, en concreto, la legislación en materia de extranjería, ni establece ni justifica que el régimen general de ejecución de actos administrativos no sea aplicable a las órdenes de expulsión. Por consiguiente, la Administración General del Estado está sujeto a las normas de ejecución forzosa de actos administrativos establecidas en la Ley 30/1992.

2. La necesidad de apercibimiento previo

Además de la resolución específica (e independiente de la orden de expulsión) que debe dictarse como fundamento jurídico de la ejecución forzosa, el artículo 95 de la Ley 30/1992 exige un “*previo apercibimiento*” para proceder a la ejecución forzosa.

Se trata por tanto de otro requisito que deberá cumplir la Administración General del Estado con carácter previo a la adopción de las concretas medidas de ejecución forzosa de la orden de expulsión.

3. El Derecho de la Unión Europea y el Derecho nacional exigen la justificación del medio de ejecución forzosa elegido de conformidad con el principio de proporcionalidad

Probablemente el aspecto más relevante en relación con la ejecución forzosa de una orden de expulsión es la necesidad de elegir el medio que sea más acorde con el principio de proporcionalidad.

En primer lugar, debe descartarse que una orden de expulsión únicamente pueda ejecutarse a través del mecanismo de la detención, privación de libertad durante un plazo máximo de 72 horas, y la efectiva expulsión durante ese plazo. Existen necesariamente otros medios alternativos tal y como establece el derecho de la Unión Europea.

Así lo dispone el artículo 8.4 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 [en línea] Disponible en: <http://www.boe.es/doue/2008/348/L00098-00107.pdf>:

“En los casos en que los Estados miembros utilicen, como último recurso, medidas coercitivas para llevar a cabo la expulsión de nacional de un tercer país que se oponga a su expulsión, tales medidas serán proporcionadas y la fuerza ejercida no irá más allá de lo razonable. Se aplicarán según establezca la legislación nacional, de conformidad con los derechos fundamentales y con el debido respeto a la dignidad y la integridad física del nacional de un tercer país de que se trate.”

En primer lugar, el Derecho de la Unión Europea establece que las medidas coercitivas para hacer efectiva la expulsión debe ser el último recurso. En consecuencia, tienen que existir para el Derecho de la Unión Europea medidas alternativas no coercitivas.

En segundo lugar, en caso de acudir a medidas coercitivas, estas “*serán proporcionadas y la fuerza ejercida no irá más allá de lo razonable*”. La referencia al principio de proporcionalidad, y la medida en la fuerza que deba ejercerse, supone que el Derecho de la Unión Europea exige una determinación de las concretas medidas de ejecución forzosa caso por caso. Según las circunstancias del caso, podrá acudirse a las medidas coercitivas y, también según el caso concreto, la fuerza que resulte razonable será de mayor o menor intensidad.

Por tanto, no sería admisible una interpretación de la legislación nacional de extranjería que consagrara la detención, privación de libertad y efectiva expulsión material como única posible medida de ejecución forzosa de las órdenes de expulsión. La legislación nacional debe interpretarse de conformidad con el Derecho de la Unión Europea. Por consiguiente, en la resolución específica que acuerde la ejecución forzosa de la orden de expulsión, deberá justificarse las medidas de ejecución forzosa escogidas y, en concreto, si estas medidas cumplen con el principio de proporcionalidad. Y en caso de optarse por medidas coercitivas, como la detención y privación de libertad, deberá acreditarse la necesidad de acudir en ese caso concreto a medidas que deben constituir el último recurso.

Debe destacarse que nuestro ordenamiento jurídico nacional también obliga a observar el principio de proporcionalidad al acudir a la ejecución forzosa. Esto se evidencia en los apartados 1 y 2 del artículo 96 de la Ley 30/1992:

“1. La ejecución forzosa por las Administraciones Públicas se efectuará, respetando siempre el principio de proporcionalidad, por los siguientes medios:

- a) Apremio sobre el patrimonio.*
- b) Ejecución subsidiaria.*
- c) Multa coercitiva.*
- d) Compulsión sobre las personas.*

2. Si fueran varios los medios de ejecución admisibles se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual.”

En el apartado 1 de este precepto se identifican, con carácter general los medios de ejecución forzosa a los que puede acudir la Administración. En concreto, la detención y privación de libertad de personas sería una compulsión sobre las personas expresamente habilitada por la legislación de extranjería de conformidad con lo establecido en el artículo 100 de la Ley 30/1992.

Pero lo relevante es que el artículo 95.2 establece que si existen varios medios de ejecución admisibles, se deberá elegir el menos restrictivo para la libertad individual. Por consiguiente, este precepto exige que se aplique con todo rigor el principio de proporcionalidad. En efecto, el artículo 95.2 establece que si existen diversos medios adecuados para lograr el fin perseguido con la ejecución forzosa, entonces deberá elegirse el menos restrictivo para la libertad del interesado. Este precepto obliga, por tanto, a una carga de motivación por parte de la Administración, puesto que deberá justificar la razón por la que elige un concreto medio de ejecución forzosa, y los motivos por los que ese medio es el menos restrictivo posible a la libertad individual en ese caso concreto.

Pues bien, acabamos de ver que el Derecho de la Unión Europea parte de la premisa que existen varios medios posibles, y que las medidas coercitivas constituyen una *ultima ratio* en estos casos de expulsiones. Y parece evidente que una detención con privación de libertad y expulsión material constituyen medidas de ejecución forzosa intensamente coercitivas y restrictivas de la libertad individual.

Sin duda, existirán supuestos en que será adecuado y proporcionado ejecutar una orden de expulsión mediante la detención, privación de libertad durante un plazo máximo de 72 horas, y expulsión material en ese plazo. Ello deberá desprenderse de las circunstancias específicas del caso concreto, que acrediten que cualquier otra medida menos restrictiva sería inadecuada o inútil, por razones de riesgo de fuga acreditado, peligro para el orden público, etc.

Ahora bien, cuando no concurren razones que justifiquen esas medidas de ejecución forzosa intensamente restrictivas para la libertad individual, deberán elegirse medios alternativos y adecuados. A título de ejemplo, en determinados casos de arraigo acreditado, de persona a cargo de menores de edad en edad escolar, personas dispuestas a salir del territorio nacional voluntariamente, o personas que estén en un proceso de regularización de su situación en España, no parece razonable ni proporcionado que la Administración opte por una ejecución forzosa altamente coercitiva como es la detención, privación de libertad durante un máximo de 72 horas y expulsión material. Aplicar medidas coercitivas y restrictivas de la libertad en supuestos en los que no sean necesarias atendiendo a las circunstancias del caso concreto, constituiría una vulneración del principio de proporcionalidad. Ello comportaría que esas medidas de ejecución forzosa serían antijurídicas.

V. EL ACTO ADMINISTRATIVO ESPECÍFICO QUE ACUERDE LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LA ORDEN DE EXPULSIÓN COMO GARANTÍA DE LOS DERECHOS DE LOS EXTRANJEROS

La exigencia de que la Administración dicte un acto administrativo específico que acuerde la ejecución forzosa, y le sirva de fundamento jurídico, constituye una garantía esencial para el destinatario de esa ejecución forzosa.

En efecto, la obligación de que se dicte ese acto administrativo específico es un derecho del destinatario a que la Administración haya desarrollado una labor de comprobación de las circunstancias del caso concreto, y una labor de ponderación de las medidas de ejecución forzosa que resultan proporcionadas atendiendo a las circunstancias de ese caso concreto.

Asimismo, la existencia de ese acto administrativo concreto permite al destinatario del acto defenderse frente a la ejecución forzosa que la Administración pretende acometer. Ese acto junto con su motivación puede permitir al interesado tanto oponerse a la elección del medio concreto de ejecución forzosa, en caso de existir alternativas viables menos restrictivas, como oponerse a su expulsión si existen causas jurídicas que conlleven la ilegalidad de la expulsión.

Aunque exista una orden de expulsión dictada, pueden existir motivos que permitan oponerse a su ejecución forzosa. Y puede resultar difícil evitar la materialización de una expulsión en caso de que la Administración haya detenido al extranjero, con inmediata privación de libertad, y expulsión efectiva al cabo de unas horas.

Es por ese motivo que el acto que acuerde la ejecución forzosa haya verificado diversos extremos que impedirían la expulsión. Asimismo, deberá permitirse una vía de recurso para el caso de que concurra alguna de esas circunstancias, y no hayan sido debidamente verificadas por la Administración.

En primer lugar, deberá verificarse que la orden de expulsión es firme en vía administrativa. En caso de que se hubiese interpuesto un recurso en vía administrativa y este no hubiese sido resuelto, la orden de expulsión no sería firme y no podría ser ejecutada.

En segundo lugar, deberá verificarse que la orden de expulsión no se encuentra suspendida por la adopción de medidas cautelares por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa.

En tercer lugar, deberá comprobarse que la orden de expulsión no ha prescrito por transcurso de los plazos establecidos en la legislación de extranjería.

En cuarto lugar, debe comprobarse que la expulsión no vulnera el principio de no devolución o que no afecta a mujeres embarazadas para quienes la expulsión pudiese

suponer un riesgo. En estos casos no podría llevarse a cabo la expulsión de conformidad con el artículo 57.6 de la Ley Orgánica 4/2000, según la redacción introducida por la Ley Orgánica 2/2009:

“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.”

En quinto lugar, no podrá ejecutarse la orden de expulsión si el extranjero tiene a su cargo menores escolarizados hasta la finalización del curso académico. Así lo establece el artículo 246.2 del Real Decreto 557/2011:

"En el caso de que el extranjero tenga a cargo menores escolarizados, no procederá la ejecución de la sanción de expulsión hasta la finalización del curso académico salvo que el otro progenitor sea residente en España y pueda hacerse cargo de ellos."

En sexto lugar, no puede ejecutarse la orden de expulsión si el extranjero ha formulado petición de protección internacional, hasta que esta petición sea resuelta o inadmitida. Así lo establece el artículo 246.7 del Real Decreto 557/2011:

"Si el extranjero formulase petición de protección internacional, se suspenderá la ejecución de la resolución de expulsión hasta que se haya inadmitido a trámite o resuelto, de conformidad con lo establecido en la normativa de protección internacional."

En séptimo lugar, no puede ejecutarse la orden de expulsión cuando el extranjero sea una persona enferma y la expulsión suponga un riesgo para su salud, de conformidad con el artículo 246.7 del Real Decreto 557/2011:

"Igualmente, se suspenderá la ejecución de la expulsión en los casos de mujeres embarazadas cuando suponga un riesgo para la gestación o para la vida o la integridad física de la madre o cuando se trate de personas enfermas y la medida pueda suponer un riesgo para su salud."

En octavo lugar, debe tenerse en cuenta que una orden de expulsión puede quedar superada en caso de que el extranjero en situación irregular esté en trámite de regularización y se haya comprobado la procedencia de conceder autorización de residencia por circunstancias excepcionales. En estos casos nuestro ordenamiento jurídico dispone la obligación de revocar la orden de expulsión. Por consiguiente, no sería conforme a Derecho ejecutar forzosamente una orden de expulsión que debería ser revocada, de conformidad con el artículo 241.2 Real Decreto 557/2011:

"Cuando en el marco de un procedimiento relativo a autorizaciones de residencia por circunstancias excepcionales de las previstas en los artículos 31bis, 59, 59bis o 68.3 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, se comprobase que consta contra el solicitante una medida de expulsión no ejecutada por concurrencia de una infracción de las previstas en las letras a) y b)

del artículo 53.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, ésta será revocada siempre que del análisis de la solicitud derive la procedencia de la concesión de la autorización de residencia por circunstancias excepcionales.

En caso de que el órgano competente para resolver sobre la solicitud de autorización no fuera el mismo que dictó la sanción a revocar, instará de oficio la revocación de la sanción al órgano competente para ello. En el escrito por el que se inste la revocación se hará constar el tipo de autorización solicitada y se realizará mención expresa a la procedencia de la concesión de la misma por el cumplimiento de los requisitos exigibles para ello, salvo el relativo a la existencia de la medida de expulsión no ejecutada.”

Las anteriores previsiones normativas nos muestran que no puede existir un automatismo entre la existencia de una orden de expulsión y la procedencia de su ejecución forzosa. Es por ello que el acto administrativo específico que acuerde la ejecución forzosa tendrá que haber verificado, como mínimo los anteriores aspectos, además de justificar que el concreto medio de ejecución forzosa es adecuado y proporcionado.

VI. LA REVISIÓN JURISDICCIONAL DE LAS DETENCIONES, PRIVACIONES DE LIBERTAD DURANTE EL PLAZO MÁXIMO DE 72 HORAS, Y LA EFECTIVA EXPULSIÓN, COMO MEDIO DE EJECUCIÓN FORZOSA DE LA ORDEN DE EXPULSIÓN

1. La revisión por la jurisdicción contencioso-administrativa

Las medidas de ejecución forzosa se concretan en actos administrativos y actuaciones materiales de la Administración Pública, que son susceptibles de revisión jurisdiccional por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa. En efecto, de conformidad con la legislación reguladora de esa jurisdicción, le corresponderá a esta la revisión de la legalidad de los actos y actuaciones de las Administraciones Públicas. Así lo establecen los artículos 1 a 5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa [en línea]. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1998-16718>. En concreto debe destacarse que el artículo 5.1 establece que la jurisdicción contencioso-administrativa será improrrogable.

Por consiguiente, el juez llamado a la revisión de la legalidad de la ejecución forzosa de las órdenes de expulsión es el Juez de lo contencioso-administrativo, el cual será el juez predeterminado por la ley a estos efectos.

Pues bien, ante un Juez de lo Contencioso-Administrativo pueden plantearse dos escenarios distintos en relación con la oposición a una medida de ejecución forzosa de una orden de expulsión consistente en la detención privación de libertad durante un plazo máximo de 72 horas, y materialización de la expulsión en dicho plazo:

A) Inexistencia de resolución específica que acuerde la ejecución forzosa de la orden de expulsión, de conformidad con el artículo 93 de la Ley 30/1992

En este escenario nos hallaremos ante unas actuaciones materiales de la Administración consistentes en las actuaciones de detención, privación de libertad y materialización de libertad. No obstante, estas actuaciones materiales de ejecución forzosa de la orden de expulsión carecerán de cobertura jurídica, puesto que la Administración no habrá dictado la resolución específica que constituye el “*fundamento jurídico*” de la ejecución, de conformidad con el citado artículo 93.

En consecuencia, esas actuaciones materiales, carentes de fundamento jurídico, deberían ser calificadas como vía de hecho, a los efectos de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 29/1998. La exposición de motivos de esta Ley define con claridad qué debe entenderse por vía de hecho susceptible de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa: *“Otra novedad destacable es el recurso contra las actuaciones materiales en vía de hecho. Mediante este recurso se pueden combatir aquellas actuaciones materiales de la Administración que carecen de la necesaria cobertura jurídica y lesionan derechos e intereses legítimos de cualquier clase. La acción tiene una naturaleza declarativa y de condena y a la vez, en cierto modo, interdictal, a cuyo efecto no puede dejar de relacionarse con la regulación de las medidas cautelares. Por razón de la materia, la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer de estos recursos se explica sobradamente.”*

Por consiguiente, pueden impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa aquellas actuaciones materiales de la Administración que carezcan de la preceptiva cobertura jurídica (en este caso, la resolución específica que acuerde la ejecución forzosa de la orden de expulsión). Sin esa cobertura jurídica nos hallaremos ante una vía de hecho proscrita por nuestro ordenamiento jurídico.

Pues bien, contra las vías de hecho es posible solicitar medidas cautelares suspensivas que son, prácticamente, de adopción automática. Así lo establece el artículo 136.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa [Boletín Oficial del Estado núm. 167, 14 de julio de 1998]

“En los supuestos de los artículos 29 y 30, la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas en dichos artículos o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada.”

Por consiguiente, en caso de interponerse recurso contencioso-administrativo contra una actuación material constitutiva de vía de hecho (como sería la detención y privación de libertad sin la resolución específica que sirve de fundamento jurídico), el interesado podrá solicitar una medida cautelar en virtud del citado artículo 136. Y la medida cautelar deberá otorgarse salvo que se aprecie con evidencia que no nos hallamos ante una vía de hecho, esto es, que la actuación material sí dispone de su fundamento jurídico habilitante.

Atendiendo a las especiales circunstancias de urgencia concurrente, esta medida cautelar puede ser adoptada con carácter provisionalísimo e *inaudita parte*, de conformidad con lo establecido en el artículo 135 de la Ley 29/1998. En efecto, puesto que nos hallamos ante la ejecución forzosa de una orden de expulsión que debe materializarse en un plazo inferior a 72 horas, solamente será viable lograr una tutela judicial efectiva cautelar si se acude las medidas cautelares o provisionales reguladas en el citado precepto.

En definitiva, la ausencia de la resolución específica que acuerde la ejecución forzosa de la orden de expulsión debería permitir la interposición de un recurso contencioso-administrativo contra una vía de hecho, y la suspensión cautelar de dicha vía de hecho a través de una medida cautelar provisionales, otorgada de carácter prácticamente automática en caso de que no se aprecie de manera evidente que no concurre una vía de hecho.

B) Existencia de resolución específica que acuerde la ejecución forzosa de la orden de expulsión

En este supuesto la ejecución forzosa de la orden de expulsión dispondrá de la resolución que constituye su fundamento jurídico, motivo por el cual no nos hallaríamos ante una vía de hecho.

En todo caso, esa resolución sí será susceptible de ser impugnada a través de un recurso contencioso-administrativo y, además, podrá solicitarse una medida cautelar de conformidad con los artículos 129 y siguientes de la Ley 29/1998. En concreto, será igualmente de aplicación el antes citado artículo 135 atendiendo a las circunstancias de especial urgencia, lo que puede justificar la solicitud de medidas cautelares o provisionales.

Debe destacarse que en estos supuestos deberá constarse la posible pérdida de la finalidad legítima del recurso o *periculum in mora*. En este caso parece coherente que ese *periculum in mora* constituya la consolidación de posibles vulneraciones a derechos fundamentales (a través de la detención y privación de libertad), así como la materialización de la expulsión. En efecto, las consecuencias de esa ejecución forzosa será la expulsión del territorio nacional con prohibición de entrada durante un plazo prolongado de tiempo.

Atendiendo a lo anterior, el órgano jurisdiccional deberá valorar la ponderación de los intereses concurrentes, a los efectos de determinar si las medidas concretas de ejecución forzosa cumplen con el principio de proporcionalidad a que deben sujetarse. En concreto, deberá verificarse si medidas intensamente restrictivas como la detención, privación de libertad y materialización de la expulsión son las medidas adecuadas menos restrictivas para la libertad posibles en el caso concreto.

Asimismo, será relevante la acreditación de circunstancias que conlleven la invalidez de la expulsión, que han sido identificadas en el apartado anterior. En concreto,

deberá prestarse especial atención al supuesto en el que el extranjero esté en un proceso de regularización de su situación y el órgano administrativo competente hubiese informado favorablemente a la obtención de autorización de residencia.

En definitiva, los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa deberán valorar la procedencia de adoptar las medidas cautelares que puedan solicitarse en estos casos atendiendo a las circunstancias del caso concreto y los perjuicios irreparables que pudiesen causarse.

2. La revisión por Juzgados de Instrucción

Tal y como se ha apuntado, el Juez de lo contencioso-administrativo es el juez predeterminado por la ley para revisar la legalidad de las actuaciones materiales de ejecución forzosa de una orden de expulsión, como podrían ser la detención, privación de libertad durante el plazo máximo de 72 horas, y la materialización de la expulsión en ese caso.

No obstante, pueden darse supuestos en los que esas actuaciones materiales fuesen puestas en conocimiento de los Juzgados de Instrucción.

En primer lugar, toda persona que haya sido detenida y privada de libertad por la Administración General del Estado tiene los derechos y garantías que nuestro ordenamiento jurídico ofrece a las personas que se hallan en esta situación, como es, por ejemplo, el derecho fundamental al *habeas corpus*. En este contexto, el Juez de Instrucción es el órgano jurisdiccional encargado de tutelar estas situaciones de especial afectación a la libertad y a los derechos fundamentales.

En segundo lugar, en la práctica pueden darse casos de ejecuciones forzosas de órdenes de expulsión durante fines de semana y/o días festivos, que son inhábiles a los efectos de la jurisdicción contencioso-administrativa. En estos casos, y teniendo en cuenta que el plazo que debe mediar entre la detención y expulsión efectiva debe ser inferior a 72 horas, es posible que durante ese periodo no haya ningún Juez de lo contencioso-administrativo con periodo hábil para conocer de una eventual solicitud de medidas cautelares suspensivas. Por consiguiente, es posible que el único órgano jurisdiccional hábil para intervenir sea el Juzgado de Instrucción.

En estos supuestos en los que se inste la intervención de un Juzgado de Instrucción, este órgano jurisdiccional podrá adoptar diversas medidas. Un primer ejemplo de actuación consistiría en que el Juzgado de Instrucción revisase si existe la resolución específica que acuerde la ejecución forzosa de la orden de expulsión, y acuerde que el medio de ejecución forzosa es la detención y privación de libertad durante un plazo máximo de 72 horas. El Juzgado de Instrucción, en caso de detectar la ausencia de dicha resolución que constituye el fundamento jurídico necesario, podría declarar que la detención y privación de libertad son contrarias a Derecho, y podría ordenar la finalización de esas actuaciones materiales.

No obstante, podría ser inadecuado que un Juzgado de Instrucción entrase en aspectos propiamente administrativos de la ejecución forzosa de una orden de expulsión, en casos que pudiesen revestir una mayor complejidad administrativa. Esta situación podría darse, por ejemplo, en caso de que el extranjero se opusiese a su expulsión por estar en una situación de regularización y el órgano competente hubiese informado favorablemente a la concesión de autorización de residencia (artículo 241.2 Real Decreto 557/2011). En estos supuestos, no parecería adecuado que el Juzgado de Instrucción se pronunciase sobre el fondo de la cuestión que sería de orden estrictamente administrativa. Ahora bien, la tutela judicial efectiva del extranjero afectado por la ejecución forzosa, que podría ser contraria a Derecho, requeriría que el Juzgado de Instrucción paralizase dicha ejecución forzosa hasta que el Juez predeterminado por la Ley (el contencioso-administrativo) pudiese conocer del asunto. En consecuencia, el Juzgado de Instrucción sí podría paralizar la ejecución forzosa de la orden de expulsión.

En estos contextos, en caso de detectarse una tensión entre los derechos del extranjero a no ser expulsado con carácter inmediato, y la efectividad de la ejecución de la orden de expulsión (por existir riesgo de fuga acreditado, etc.), el Juzgado de Instrucción podría hallar medidas alternativas menos gravosas para el extranjero como sería su internamiento en un centro de internamiento de extranjeros, durante el plazo mínimamente necesario para clarificar su situación jurídica, y la procedencia de proceder a la ejecución forzosa de la orden de expulsión, o a su suspensión cautelar o revocación, según proceda.

En conclusión, el Juzgado de Instrucción será competente para entrar a decidir sobre la legalidad de la detención y la privación de libertad del extranjero, en la medida en que puede detectar que esas medidas carecen de fundamento jurídico al no estar amparadas por una concreta resolución administrativa que las acuerde. Ahora bien, en aquellos supuestos en los que pueda presentarse una complejidad administrativa que no permita al Juzgado de Instrucción entrar a valorar la procedencia de suspender la ejecución forzosa de la orden de expulsión, este órgano jurisdiccional debería adoptar las medidas alternativas procedentes para suspender la expulsión de extranjero hasta que el Juez de lo contencioso-administrativo (el juez predeterminado por la ley) pueda desarrollar su normal actuación en estos casos.

VII. VALORACIÓN FINAL

Según la práctica administrativa existente, en muchos casos la Administración General del Estado proceder a detener, privar de libertad durante un plazo máximo de 72 horas, y materializar la expulsión, sin haber dictado previamente una resolución administrativa específica que acuerde la ejecución forzosa de la orden de expulsión.

Lo anterior debería conllevar la determinación de la ausencia de cobertura jurídica de la ejecución forzosa de la orden de expulsión y, con ello, debería concluirse que la detención y privación de libertad no serían conformes a nuestro ordenamiento jurídico.

Asimismo, estas resoluciones que acuerde la ejecución forzosa de la orden de expulsión deberían acreditar que las eventuales medidas que se aprueben son conformes al principio de proporcionalidad. Por tanto, deberá acreditarse que no existen medidas alternativas viables menos restrictivas para la libertad individual.

Lo anterior conlleva una especial obligación de justificación por parte de la Administración General del Estado en estos casos, que será necesaria para que sus decisiones puedan ser eventualmente revisadas por la jurisdicción contencioso-administrativa. Y los órganos jurisdiccionales que puedan entrar a conocer sobre la ejecución de órdenes de expulsión deberían garantizar los derechos de los extranjeros afectados mediante la comprobación de la existencia de la resolución específica que acuerde la ejecución forzosa, y la existencia de una motivación adecuada que justifique la procedencia de adoptar determinadas medidas (coercitivas) en ese caso concreto. Y en caso de hallarnos ante supuestos que puedan revestir cierta complejidad administrativa, deberían adoptarse las medidas suspensivas que fuesen procedentes para asegurar que el juez predeterminado por la ley (el Juez de lo contencioso-administrativo) puede entrar a conocer de ellas.

“EXPULSIONES EXPRÉS”: GARANTÍAS EN UNA PRÁCTICA EXTENDIDA

José María Trillo Figueroa

Abogado

Coautor del Informe 2014” CIE y expulsiones exprés”
del Servicio Jesuita a Migrantes

RESUMEN DE LA PONENCIA: El objeto de este trabajo es arrojar luz sobre las denominadas “expulsiones exprés”, una de las prácticas de expulsión más frecuentes y, sin embargo, de las que menos conocimiento se tiene; haciendo especial énfasis en la falta de las debidas garantías con que suelen realizarse estas expulsiones.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. Esta práctica se ha configurado como un método más eficaz. 2. En muchas zonas se realiza sin las debidas garantías. 3. Se realizan sin valorar las circunstancias particulares de los afectados que han podido sobrevenir a la expulsión. 4. Respecto a la utilización ocasional de reclamos o engaños. 5. Afectan en especial a personas con expulsión por mera estancia irregular. 6. A diferencia del internamiento, la expulsión desde comisaría elude en la mayoría de supuestos el control judicial.

I. INTRODUCCIÓN

Denominamos expulsiones exprés, a aquellas ejecutadas directamente **desde comisaría durante el plazo de 72h. desde la detención**¹. Se trata de una práctica que a las entidades que trabajamos en defensa de los derechos de las personas migrantes nos preocupa especialmente.

Las personas **expulsadas desde Comisarías han superado a las personas expulsadas desde los CIE**. Según los datos del Gobierno, en 2013, **6462 (57,8%)** fueron expulsados desde comisaría frente a **4726 (42,2%)** desde los CIE².

¹ Informe Anual 2014 Servicio Jesuita a Migrantes: CIE y Expulsiones Exprés, Madrid Marzo de 2015. <http://pueblosunidos.org/wp-content/uploads/InformeCIE2014.pdf>

² Datos recogidos en respuesta del gobierno a una pregunta parlamentaria del diputado D. Jon Iñarritu, 2014.

La exposición de motivos del Reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros, 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 extranjeros señalaba que, *la experiencia adquirida desde la implantación de los centros de internamiento, tanto desde el ámbito del Ministerio del Interior como desde el enfoque aportado por diversos organismos ajenos a dicho departamento y movimientos y colectivos sociales de distinta índole, aconsejan que los centros en los que se hallan los extranjeros deban sufrir una profunda reforma que traslade esos cambios demandados a la propia estructura y funcionamiento de los mismos. La realidad apunta a que lejos de reformarse las prácticas los ingresos en el CIE y las condiciones de internamiento la práctica policial ha venido a circunvalar los CIE con las expulsiones exprés.*

Entendemos que es del todo necesario encontrar un equilibrio entre la políticas de control migratorio y la salvaguarda de las garantías constitucionales y de los derechos humanos. Las garantías de nuestro ordenamiento deben extenderse también a las expulsiones desde Comisarías.

1. Esta práctica se ha configurado como un método más eficaz

Nuestra experiencia nos demuestra que las posibilidades de defensa se ven muy mermadas, al igual que se ven en la autorización de internamiento, donde las personas migrantes, dada la celeridad de los plazos, tienen serias dificultades cuando no imposibilidad de poder acreditar documentalmente situaciones susceptibles de amparo legal.

Los plazos de defensa- desde que se avisa al abogado y comparece este en comisaría hasta la ejecución de la expulsión- son en ocasiones de horas. Muchas veces esas horas trascurren fuera del horario de los Juzgados de lo Contencioso por lo que cualquier actuación de defensa en el seno del procedimiento administrativo, solicitud de medidas cautelares, deben dirigirse ante los Juzgados de Instrucción, quienes muchas veces debido a la enorme carga de trabajo durante sus guardias ven limitada su capacidad de analizar las especiales circunstancias personales que pueden concurrir en la persona que va a ser expulsada.

2. En muchas zonas se realiza sin las debidas garantías, al realizarse sin asistencia letrada.

En la actualidad solo tenemos constancia que se garantiza este derecho en Madrid y Baleares.

El artículo 17.3 de la Constitución Española garantiza “la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca”. El Art. 22 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx) señala que “los extranjeros que se hallen en España tiene derecho a asistencia letrada en los procedimientos administrativos

que puedan llevar a su denegación de entrada, devolución o expulsión del territorio nacional (...).”

La constatación de esta práctica ha conllevado una recomendación por parte del Defensor del Pueblo ante la Comisaría General de Extranjería y Fronteras en el Informe Anual 2014 y debates en las Cortes Generales, Madrid 2015, ISSN: 2172-2455, donde se insta a *“Revisar los protocolos de actuación relacionados con el derecho de asistencia letrada en sede policial de los ciudadanos extranjeros detenidos con el fin de materializar la ejecución de una orden de expulsión, facilitando dicha asistencia cuando así se solicite y resulte necesario como expresión del derecho de tutela judicial efectiva contenido en el artículo 24.2 de la Constitución”*.

A lo largo de 2014, hemos documentado casos donde nos se ha realizado la llamada a familiares para comunicar la detención.

En tal sentido hemos de destacar el Auto de la Audiencia Provincial de Bizkaia, de 5 de septiembre de 2014, en un caso que se sigue ante el Juzgado de Instrucción núm. 6 de Bilbao, por un posible delito de detención ilegal, de un ciudadano marroquí que había sido detenido y trasladado a Madrid para su expulsión, por una expulsión que se encontraba revocada.

En dicho Auto se declaraba que la policía debería haber comunicado la detención al Colegio de Abogados, según previene el Art. 520.4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Vigente hasta el 01 de Julio de 2015) (en adelante LECrim) y que debería haber informado de la detención a la persona elegida.

Esto no afecta solo a las garantías constitucionales, sino impide a la persona migrante contar con la más mínima estructura de acogida a su llegada al país de origen, lo que atendiendo a consideraciones de carácter humanitario conlleva un incremento del sufrimiento de la persona que va a ver materializada su expulsión totalmente innecesario, dado que en no pocas ocasiones son deportados a ciudades distintas de las que reside su familia o entorno en el país de origen.

3. Se realizan sin valorar las circunstancias particulares de los afectados que han podido sobrevenir a la expulsión.

Las expulsiones pueden ser ejecutadas incluso años después de ser dictadas, y las circunstancias personales sobrevenidas como pueden ser los vínculos familiares, sociales, enfermedades, o principio de no devolución y protección subsidiaria, o incluso el asilo, cuando la persona que va a ser expulsada resulta en el momento presente nacional de un país donde el cambio de circunstancias políticas o el nacimiento de un conflicto bélico puede suponer peligro para su vida.

Es por ello la asistencia letrada cobra una especial importancia cuando, y así lo ha sido recogido por el Defensor del Pueblo, *“existe un número significativo de casos en los que las circunstancias de la persona afectada, en el momento de la ejecución de la resolución, son bien distintas de las que llevaron a dictar una resolución de expulsión en su momento. Este cambio de circunstancias (nacimiento de hijos, relación de pareja con ciudadano español, etc.) debería ser tenido en cuenta, a fin de establecer unas garantías que permitan la tutela judicial efectiva de estos ciudadanos en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos para evitar que pueda producirse indefensión.*

Ante una queja, presentada por Pueblos Unidos, el Defensor del Pueblo entendía que *“la situación de minoría de edad en la que se encuentra el interesado en su país de origen, el tiempo de permanencia en España, la residencia legal de sus familiares (madre y hermana), su situación de estudiante, los intentos de regularización y la cita prevista para solicitar una autorización de residencia podrían considerarse motivos suficientes para acreditar la constancia de circunstancias excepcionales de arraigo”.*

Este era el caso de Raúl, quien llegó a España con 15 años traído por su madre. Madre y hermana tenían residencia legal de larga duración en España, su madre trabajaba y su hermana cursaba estudios universitarios. Fue detenido cuando se dirigía al instituto en bicicleta. Estudiaba y contaba aquí con un núcleo familiar estable. Tenía toda la documentación y cita para solicitar su residencia.

Había sido detenido siendo menor por carecer de documentación varias veces. La última vez anterior a su expulsión contaba ya con 18 años. Le fue dictada la resolución de expulsión apenas un mes antes.

Al ser en Madrid, fue asistido de abogado del turno, el viernes a las 16 horas. Esa misma tarde el abogado solicitó la suspensión cautelar al Juzgado de Guardia. A las 3 de la mañana su madre llevó más documentación ante el Juzgado de Instrucción en funciones de Guardia, pero el Juez de Instrucción ya había resuelto desestimar la suspensión de la medida.

Raúl fue expulsado el sábado, tan sólo se le permitió hacer una brevísima llamada de despedida a su madre. Fue expulsado a Tegucigalpa con lo que llevaba puesto, sin dinero para atender sus primeras necesidades.

La madre de este chico, relataba que era la segunda vez que se veía separada de su hijo, una cuando este tenía ocho años, y ella tuvo que emigrar a España, durante más de siete años, la segunda con 18, cuando tras tres años viviendo en España ha sido expulsado.

La familia ha presentado una demanda de protección de derechos fundamentales por la forma en la que fue ejecutada su expulsión.

Otro caso flagrante de intento de expulsión exprés sin valorar las circunstancias personales es el de una joven colombiana, que fue identificada por la policía cuando se alojó junto a su novio, de nacionalidad española, en un hotel de Madrid. Tenía su solicitud de residencia comunitaria en trámite desde hacía 4 meses. La trasladaron a comisaría donde le fue retirado el pasaporte y citada días después, en la nueva comparecencia fue detenida para materializar su expulsión ese mismo día a las 18h.

La expulsión finalmente no se ejecutó al estimar las medidas cautelarísimas el Juzgado de Instrucción 27 en funciones de guardia, suspendiendo la expulsión. Esta joven había residido en España desde 1998, ha cursado estudios de ESO y bachillerato y su madre tenía la nacionalidad española, razón por la cual le fue concedida la residencia de familiar de comunitario el mismo día que iba a ser expulsada.

Otros ejemplos de la falta de valoración de las circunstancias personales en la tramitación de estas expulsiones es la pretendida expulsión de un marroquí con una expulsión que había sido revocada, o la de un joven senegalés, que vino con 17 años a España y había residido durante 10 años en España, con padre con nacionalidad española y madre y 4 hermanos con residencia legal. Fue detenido en las tornas del metro el mismo día que había un macro vuelo a Senegal. El Juzgado de Guardia paralizó in extremis la expulsión a petición de su abogada. La expulsión se encontraba recurrida y faltaba apenas un mes para el juicio.

No parece lógico que esta valoración de las circunstancias sobrevenidas si se debe realizar, para la solicitud del internamiento en un CIE, tal y como estableció la Circular 6/2014, de la Dirección General de la Policía-Comisaría General de Extranjería y Fronteras, de 11 de julio de 2014, donde se requiere al instructor del expediente de expulsión, miembro del CNP, la valoración de las circunstancias personales, familiares, sociales y humanitarias, con carácter previo a solicitar el internamiento en un CIE al objeto de materializar la expulsión.

Sin embargo no se realiza dicha valoración para la directa ejecución de la expulsión a pesar de que la materialización de la medida es inminente. No parece lógico que estas garantías se contemplen para quienes van a ser internados en los CIE a efectos de su expulsión y no para quienes van a ser expulsados inmediata y directamente.

4. Respecto a la utilización ocasional de reclamos o engaños

Respecto a la **utilización ocasional de reclamos o engaños** para que los migrantes acudan a Comisaría y materializar la expulsión, hemos de destacar La sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de febrero de 2002, Caso Conka contra Bélgica, declaró la violación del Art. 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en un procedimiento utilizado por las autoridades belgas para detener y expulsar a varias personas de etnia gitana. En ese caso, se les tendió una trampa haciéndoles creer que la convocatoria servía para completar el expediente de su solicitud de asilo, aunque desde el principio las autoridades tenían como única intención privarles de su libertad y ejecutar su

expulsión a Eslovaquia, su país de origen. Según el Tribunal, hubo engaño en los motivos y, en consecuencia, desviación de poder constitutivo de violación del artículo 5.1.

También hemos testimoniado supuestos en los que se le da información incorrecta y de forma reiterada sobre la suerte del detenido a la familia e incluso al abogado, un claro ejemplo es la querrela presentada por el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia frente a una comisaría valenciana, porque el abogado defensor fue informado de que el detenido iba a ser puesto a disposición judicial para su internamiento, cuando iba a ser expulsado seguidamente.

5. Afectan en especial a personas con expulsión por mera estancia irregular.

Si la persona tiene un procedimiento penal abierto se requiere una autorización a los Juzgados (Art. 57.7 LOEx) que requiere más tiempo.

6. A diferencia del internamiento, la expulsión desde comisaría elude en la mayoría de supuestos el control judicial.

Por ello queremos resaltar la importancia del control judicial de esta práctica, en cuanto garantía última y fundamental de los derechos fundamentales y la legalidad frente al proceder de la administración, también en la fase de ejecución de un procedimiento sancionador como es el de la expulsión.

Ante esta práctica creemos elemental que se garantice:

1. La asistencia letrada en todas las comisarías con información suficiente para garantizar el derecho a la defensa.
2. Una nueva valoración de las circunstancias concurrentes en la persona en el momento de la expulsión en igual sentido que ya se realiza en virtud de la Circular 6/2014.
3. Un mayor control judicial de este tipo de ejecución del acto administrativo sancionador en el sentido de garantizar la valoración de las especiales circunstancias que concurran en el momento de su materialización.

TERCERA PARTE.

**LA AUTORIZACIÓN DEL
INTERNAMIENTO.**

**LA AUTORIZACIÓN DE EXPULSIÓN
PREVISTA EN EL ART. 57.7 LOEx**

LA AUTORIZACIÓN DEL INTERNAMIENTO: PRINCIPIOS RECTORES

José Antonio Tomé García

Profesor titular de Derecho Procesal de Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN DE LA PONENCIA: El objeto de este trabajo consiste en la exposición de los principios que han de regir el internamiento preventivo de extranjeros en cuanto medida cautelar personal que implica privación del derecho fundamental a la libertad. Con dicha finalidad se analizan las características generales de dicha medida cautelar, los presupuestos que han de concurrir para que el juez pueda autorizar el internamiento y las garantías básicas que ha de respetar el procedimiento a seguir para obtener dicha autorización judicial.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CARACTERÍSTICAS GENERALES. 1. Instrumentalidad. 2. Proporcionalidad y excepcionalidad. 3. Provisionalidad o temporalidad. 4. Carácter jurisdiccional. III. PRESUPUESTOS GENERALES. 1. “Fumus boni iuris”. 2. “Periculum in mora”. A) Riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio. B) Riesgo de incomparecencia por carecer de documentación identificativa. C) Las actuaciones del extranjero tendientes a dificultar o evitar la expulsión. D) La existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes. E) Enfermedad grave del extranjero. F) Otras circunstancias. IV. PROCEDIMIENTO.

I. INTRODUCCIÓN

A la hora de exponer los principios que deben regir la autorización judicial del internamiento preventivo de extranjeros¹ debemos partir de la base de que dicho internamiento es una medida cautelar personal que implica privación de un derecho fundamental como es el derecho a la libertad. Consecuencia de ello es, por un lado, que las características que debe tener el internamiento preventivo de extranjeros han de ser las mismas que rodean las medidas cautelares personales que se pueden adoptar en el proceso penal (instrumentalidad, proporcionalidad, provisionalidad y jurisdiccionalidad); y, por otro, que para que un juez pueda autorizar el internamiento preventivo es imprescindible que concurran los presupuestos tradicionales de los que se hace depender la adopción de

¹ Sobre el internamiento preventivo de extranjeros, vid., de forma mucho más amplia, nuestro trabajo “Internamiento preventivo de extranjeros conforme al nuevo Reglamento de los CIE”, edit. Colex, Madrid, 2014.

dichas medidas cautelares (*fumus boni iuris* y *periculum in mora*). Además, el procedimiento a seguir para la adopción de esta medida cautelar habrá de respetar las garantías básicas que exige la adopción de dichas medidas en el proceso penal.

Debemos aclarar, no obstante, que el hecho de referirnos al proceso penal no pretende, evidentemente, criminalizar la conducta de los extranjeros internados, sino trasladar al procedimiento del internamiento las especiales garantías que la ley exige para privar de libertad a los

II. CARACTERÍSTICAS GENERALES

Las características generales del internamiento son las propias de las medidas cautelares: instrumentalidad, proporcionalidad, provisionalidad y jurisdiccionalidad.

1. Instrumentalidad.

El internamiento preventivo, como cualquier medida cautelar, no constituye el fin perseguido por la medida, sino que lo que se pretende con la misma es asegurar el resultado de un procedimiento principal, en este caso de naturaleza administrativa, en el que se pretende la expulsión, devolución o regreso del extranjero².

Consecuencia del carácter instrumental del internamiento preventivo es que, si por los motivos que sea, se constata que la expulsión -devolución o regreso- no se puede llevar a cabo en el plazo máximo de 60 días (duración máxima del internamiento tras la reforma

² Así, el art. 61 LOEx, en su apartado 1º, letra e), menciona “el internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento”, como una de las “medidas cautelares” que se pueden adoptar “a fin de asegurar la resolución final que pudiera recaer” en un procedimiento sancionador en el que puede proponerse la expulsión.

No obstante, debemos advertir que, cuando el internamiento preventivo se acuerda una vez dictada la resolución de expulsión, o en los casos de devolución o regreso, hay que reconocer que, como señala la Circular 2/2006, de 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España, dicho internamiento, más que una medida cautelar, participa de la naturaleza de medida de ejecución forzosa de un acto administrativo. O, en otras palabras, como señala la Audiencia Provincial de Madrid en numerosas resoluciones, en el supuesto previsto en el art. 61 LOEx nos encontramos “con una medida cautelar (tal es la rúbrica del artículo) preventiva o anticipada, encaminada al aseguramiento de la ejecución de una futura y eventual resolución de expulsión que de momento es inexistente”, mientras que el supuesto del art. 64 (“Ejecución de la expulsión”) “presupone que se ha dictado resolución de expulsión, con obligación para el extranjero de abandonar el territorio nacional en el plazo fijado, que se ha incumplido la obligación y que no puede la administración, que es competente para la ejecución forzosa de su resolución incluso mediante medidas coactivas, proceder a ejecutarla en el plazo de setenta y dos horas, límite previsto para la detención gubernativa o policial en el artículo 17.2 de la Constitución y que está expresamente previsto en la L.O. 4/2000” (AAP de Madrid núm. 675/2009, de 22 de septiembre -JUR 2010/11842-; AAP Madrid núm. 692/2010, de 20 de septiembre -JUR 2010/362387-; AAP Madrid núm. 494/2010, de 7 de octubre -JUR 2011/30369-...).

que la LOEx sufrió por la L.O. 2/2009), el internamiento no se debería acordar o, acordado, debería dejarse sin efecto³.

Además, el carácter instrumental del internamiento preventivo debe impedir que el mismo pueda ser utilizado de forma autónoma como objetivo principal. Es decir, es inadmisibles que el internamiento preventivo pueda ser utilizado como sanción encubierta de la inmigración ilegal⁴.

2. Proporcionalidad y excepcionalidad

El internamiento preventivo, en cuanto constituye una privación del derecho a la libertad, sólo debe ser acordado y autorizado cuando no hubiera otra medida menos gravosa o perjudicial con la que se pudiera obtener el mismo resultado, es decir, se exige la proporcionalidad entre una medida tan grave como es el internamiento preventivo y el fin que se persigue con dicha medida.

Como señalaba la STC número 115/1987, de 7 de julio, “la libertad debe ser respetada salvo que se estime indispensable la pérdida de libertad del extranjero por razones de cautela o de prevención, que habrán de ser valoradas por el órgano judicial”. “Este carácter excepcional, resulta ya del propio art. 26.2º de la Ley Orgánica 7/1985 (*en la actualidad, art. 62.2º LOEx*), que aun cuando utiliza el término «imprescindible» sólo respecto a la duración, implícitamente parece dar a entender que ha de ser también imprescindible la propia pérdida de libertad, de modo que no es la sustanciación del expediente de expulsión, sino las propias circunstancias del caso, por razones de seguridad, orden público, etc., las que han de justificar el mantenimiento de esa pérdida de libertad, siendo el Juez, guardián natural de la libertad individual, el que debe controlar esas razones...”⁵. O, en otras

³ Señala el art. 37.1º c) del 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 extranjeros (RCIE), que el cese del ingreso será adoptado por el director del centro “cuando se tenga constancia de que la expulsión, devolución o regreso no podrá llevarse a efecto”. También, el art. 246.3º RLOEx, con relación a la ejecución de la resolución en el procedimiento de expulsión, insiste en la idea de que el periodo de internamiento no podrá prolongarse si se constata la imposibilidad de ejecutar la expulsión en el plazo de sesenta días.

En esta línea, también señala la CFGE 2/2006 que “no procederá el internamiento cuando el extranjero esté incurso en una causa penal en la que la índole del delito impida autorizar la expulsión. En estos supuestos habrá en su caso de ponderarse la procedencia de la prisión provisional, no siendo el internamiento una alternativa a la medida cautelar penal”.

⁴ MARTÍNEZ ESCAMILLA pone de manifiesto “el temor fundado de que el internamiento de extranjeros pueda utilizarse, incluso se esté utilizando, no como una medida cautelar sino como una sanción encubierta destinada a castigar la irregularidad administrativa u hostigar al inmigrante para que regrese a su país y disuadir a los que aun estén pensado en emprender la aventura migratoria” (MARTÍNEZ ESCAMILLA, M., “Para que el derecho no se detenga a las puertas de los CIE. Análisis del régimen jurídico del internamiento de extranjeros”, publicado en www.inmigrapenal.com, pág. 5).

⁵ Cfr., en el mismo sentido, SSTC 144/1990, de 26 de septiembre; 96/1995, de 19 de junio; y 182/1996, de 12 de noviembre.

palabras, el Juez sólo debe autorizar el internamiento cuando el mismo sea “absolutamente imprescindible para asegurar, en su caso, la ejecución de la sanción administrativa que pudiera recaer en el expediente de expulsión”, sin que pudiera ser sustituida por cualquier otra de las medidas previstas en el artículo 61 LOEx⁶.

En esta línea, dispone el art. 62.1º II LOEx, que cuando al Juez se le solicita la autorización para internar preventivamente a un extranjero, dicho Juez deberá resolver “mediante auto motivado, en el que, *de acuerdo con el principio de proporcionalidad*, tomará en consideración las circunstancias concurrentes y, en especial...”.

3. Provisionalidad o temporalidad

Esta medida debe mantenerse en tanto en cuanto sea necesaria para asegurar la expulsión, devolución o regreso del extranjero. Tiene, por tanto, un marcado carácter provisional o temporal, que presenta, en nuestro ordenamiento jurídico, las siguientes manifestaciones:

A) Cuando hayan dejado de cumplirse las condiciones exigidas para autorizar el 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 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” (art. 62.3º LOEx).

B) “El internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, siendo su duración máxima de 60 días” (art. 62.2º LOEx -en términos similares vid. art. 21.2º I RCIE-).

4. Carácter jurisdiccional

Como señala el art. 2.1º RCIE, “nadie podrá ser internado en un centro sin que medie resolución dictada por la autoridad judicial competente que expresamente así lo autorice u ordene”. Y es que, aunque el internamiento preventivo es una medida que adopta el instructor del expediente para asegurar la ejecución de una resolución administrativa, la misma ha de ser autorizada por un órgano jurisdiccional (vid. art. 61.1º e) LOEx), el Juez de Instrucción del lugar en que se practique la detención del extranjero (vid. art. 62.6º LOEx), quedando el extranjero ingresado a disposición de dicho Juez (vid. art. 2.2º RCIE).

La necesaria intervención de órganos jurisdiccionales es consecuencia inevitable de lo previsto en nuestra Constitución que, como sabemos, establece, por un lado, que toda privación de libertad que exceda de setenta y dos horas requiere la intervención del juez en cuanto garante de los derechos fundamentales de la persona (art. 17.2º CE), y, por otro, que

⁶ Vid., por ejemplo, AAP Las Palmas 138/2004. de 12 de marzo (JUR 2004/134356).

“la Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad” (art. 25.3º CE). En este sentido, la STC 115/1987 ya insistió, con relación al art. 26.2º LO. 7/1985, en que “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 del trámite de expulsión”, pero es el órgano judicial el que “habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, en el bien entendido no las relativas a la decisión de la expulsión en sí misma (sobre la que el Juez no ha de pronunciarse en este procedimiento), 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 su huida o cualquier otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión”. En definitiva, por tanto, para nuestro TC, “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”, y “este carácter judicial de la privación de libertad hace plenamente aplicable también al caso de los extranjeros la doctrina sentada por este Tribunal, para el supuesto distinto de la prisión provisional”⁷.

El carácter jurisdiccional del internamiento preventivo no sólo deriva de la necesaria autorización judicial para poder acordarlo, sino también del hecho de que es competencia de un órgano jurisdiccional el control de la estancia de los extranjeros en los CIE; en concreto, dicha competencia se atribuye al Juez de Instrucción del lugar donde estén ubicados los mencionados centros, debiendo designarse un concreto Juzgado en aquellos partidos judiciales en los que existan varios (vid. art. 62.6º LOEx).

III. PRESUPUESTOS GENERALES

Los presupuestos que han de concurrir para que el juez pueda autorizar el internamiento preventivo de extranjeros son, también, los comunes a todas las medidas cautelares, es decir, el *fumus boni iuris* y el *periculum in mora*.

1. “Fumus boni iuris”

El *fumus boni iuris* o apariencia de buen derecho, es decir, como el internamiento preventivo implica una muy importante restricción del derecho a la libertad del extranjero afectado, solo se podrá autorizar cuando “aparentemente” el procedimiento sancionador va a concluir con la expulsión del extranjero, es decir, si en dicho procedimiento contamos con datos suficientes que nos lleven a pensar que dicha sanción de expulsión se podrá imponer y ejecutar. A estos efectos, el Juez de Instrucción deberá, por un lado, efectuar un cierto control de la actuación administrativa, y, por otro, como hemos indicado, examinar si

⁷ Vid., en el mismo sentido, SSTC 303/2005, de 24 de noviembre, y 260/2007, de 20 de diciembre.

es probable que en el procedimiento se acuerde la expulsión y que la misma se va a poder ejecutar.

Para que el juez efectúe dicho control es necesario que la autoridad gubernativa (o el instructor del expediente), que solicite la autorización al Juez para internar al extranjero, justifique que concurre este presupuesto, la apariencia de buen derecho, motivando suficientemente su solicitud, presentando los datos, argumentos y documentos que acrediten que, posiblemente, en dicho expediente se impondrá la sanción de expulsión y que, además, dicha sanción se podrá ejecutar⁸ (así, tanto el art. 23.1º RCIE como el art. 235.5º RLOEx exigen expresamente que la solicitud de internamiento sea motivada). Y para que el juez pueda valorar si concurren o no los requisitos para poder autorizar el internamiento es imprescindible que cuente con el expediente del extranjero. Por eso, dispone el art. 23.2º RCIE que el instructor que solicite el internamiento de un extranjero deberá presentar “aquellos documentos que formen parte del expediente o resolución de expulsión, devolución o denegación de entrada”.

Con relación a este tema, debemos resaltar que, según jurisprudencia reiterada⁹, la autorización judicial de ingreso en centro de internamiento de extranjeros debe cumplir

⁸ En esta línea debemos destacar que la Circular de la DGP 6/2014, de 11 de julio, sobre “Criterios para solicitar el ingreso de los ciudadanos extranjeros en los centros de internamiento”, insiste en que los instructores de los procedimientos de repatriación deben tener muy en cuenta las “circunstancias sobre la posibilidad real de ejecutarse la repatriación”. Por eso, deben realizar “una valoración sobre la viabilidad real de la materialización de la expulsión teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:

Si el expedientado está provisto de documento de viaje o pasaporte.

Si se trata de un nacional de un país que tiene o no representación diplomática o consular en España.

Si se trata de un nacional que no será documentado por las autoridades consulares de su país.

Si es nacional de un país que, aunque lo documente, es factible que transcurra el plazo de 60 días máximo del internamiento.

En aquellos casos de especial complejidad se podrá recabar información de la Unidad Central de Expulsiones y Repatriaciones de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, al ser este órgano el que mantiene relaciones con las diferentes oficinas diplomáticas y consulares tendentes a documentar a los extranjeros que pueden ser objeto de expulsión, así como el que tiene un conocimiento actual de la situación o estado social de los diferentes países a los que se realizan repatriaciones y las posibilidades reales de poder materializar las mismas”.

Además, se precisa en la mencionada Circular que “igualmente, los instructores o funcionarios que realicen las actuaciones de ejecución de la repatriación, antes de solicitar el internamiento, con el fin de conocer la situación (de conflicto bélico o de otra índole) del país al que van a ser repatriados, o que la repatriación al mismo no implica para dicha persona riesgo para su vida o integridad física, o que no será objeto de penas o tratos inhumanos, degradantes o torturas, procederán a consultar las siguientes direcciones del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en las que se incluyen los países de riesgo...”.

⁹ AAP Las Palmas 45/2004, de 2 de febrero (JUR 2004/102357); AAP Las Palmas 46/2004, de 3 de febrero (JUR 2004/102586); AAP Barcelona de 29 de marzo de 2004 (JUR 2004/21787); AAP Barcelona núm. 489/2007, de 17 de agosto (JUR 2009/465353); AAP Barcelona núm. 717/2009, de 30 de noviembre (JUR 2010/866559); AAP Burgos núm. 39/2010, de 13 de enero (JUR 2010/102025)...

unos mínimos requisitos y, tratándose de tutelar el derecho a la libertad ambulatoria, la resolución debe:

A) “Por una parte examinar y comprobar en su caso si la medida que adopta la autoridad administrativa se produce en el procedimiento adecuado y con cumplimiento de los requisitos formales. No se trata que examine la bondad del expediente administrativo, pues esa discusión está reservada al orden contencioso administrativo, pero sí que no puede autorizar una medida cautelar en un procedimiento carente de los requisitos básicos: competencia del órgano, cumplimiento de las formalidades legales, etc.”.

B) “Que el expediente administrativo atribuya al extranjero sobre el que recae la medida cautelar alguna de las causas legales que permiten la adopción del internamiento”.

C) Que es necesario “que la medida cautelar cumpla unos fines que sean legítimos, amén de su proporcionalidad con el fin perseguido, lo que deberá ser motivado explícitamente en la resolución judicial autorizante” (*este punto hace referencia, como veremos a continuación, al periculum in mora*).

Ahora bien, además de lo dispuesto expresamente por la jurisprudencia, la exigencia del “*fumus boni iuris*” nos obliga a realizar las siguientes precisiones:

a) Si el extranjero, en la audiencia ante el Juez de Instrucción, plantea la inadecuación del procedimiento seguido para tramitar el expediente de expulsión (porque se está tramitando el procedimiento preferente y considera que el procedimiento a seguir es el ordinario), el Juez de Instrucción debería, en nuestra opinión, entrar a conocer de dicha excepción debido a la trascendencia que la resolución de este tema tiene a efectos de que se pueda o no acordar su internamiento¹⁰.

b) El Juez de Instrucción también deberá comprobar lo relativo a la prescripción y caducidad del expediente.

c) El control judicial del presupuesto del *fumus boni iuris* no se debe limitar, en nuestra opinión, a comprobar que las causas invocadas en el expediente pueden dar lugar al internamiento, sino que, además, como acabamos de señalar, deberá examinar si, “aparentemente”, el procedimiento sancionador va a concluir con la expulsión del extranjero. Tal análisis debe exigírsele al Juez de Instrucción; en cambio, no debe decidir si, efectivamente, dicha causa concurre o no, pues tal resolución compete a la jurisdicción contencioso-administrativa.

d) Por último, si se plantea la concurrencia de las excepciones previstas en el art. 57.5° y 6° LOEx (supuestos en los que no cabe imponer la sanción de expulsión o en los que no

¹⁰ Conforme a lo dispuesto por los arts. 63 y 63 bis de la LOEx, el internamiento preventivo solo se puede acordar cuando en la tramitación del expediente de expulsión se sigue el procedimiento preferente, no el procedimiento ordinario.

puede ser ejecutada) o en los artículos 59 (*colaboración contra redes organizadas*) y 59 bis (*víctimas de la trata de seres humanos*), también deberá el juez analizarlas puesto que es evidente la trascendencia que dichas excepciones tienen con relación a la autorización o no del internamiento como medida cautelar.

En cualquier caso, como también destacan nuestros tribunales, es evidente que cuando se trate de autorizar el internamiento, no mientras se sustancia el procedimiento de expulsión, sino cuando la resolución de expulsión ya ha sido dictada (así como en los casos en los que el regreso o la devolución han sido ya acordados), “el control por el Juez de Instrucción de la actuación administrativa es menor, so riesgo de convertirlo en un Juez contencioso administrativo. Lógicamente deberá verificar que se ha dictado la orden de expulsión y que la misma no es de una ilegalidad patente, flagrante o clamorosa; su notificación al interesado; el transcurso del plazo fijado para el abandono voluntario del territorio nacional; la vigencia de la orden de expulsión, y las razones aducidas por la administración para no poder verificar la expulsión en el plazo de setenta y dos horas y ser necesario el internamiento”¹¹.

Por otra parte, “no debemos olvidar que en estos expedientes sólo se resuelve sobre la legalidad del internamiento en Centro de Extranjería, no sobre la orden de expulsión que ya consta decretada por Resolución del Subdelegado del Gobierno y que ya decidió sobre la concurrencia de las causas de expulsión del citado extranjero..., sin que al Juez de Instrucción, que debe decidir sobre el internamiento cautelar del extranjero, corresponda pronunciarse en torno a si concurren o no las causas del art. 53 y si resulta procedente dicha expulsión, debiendo limitarse su actuación a comprobar si aquella resolución administrativa se ha dictado en un procedimiento adecuado y con cumplimiento de los requisitos formales, sin proceder al examen y valoración del expediente administrativo que está reservado al orden contencioso-administrativo”¹².

En consecuencia, por tanto, cuando el extranjero no esté de acuerdo con la sanción de expulsión que le haya sido impuesta, deberá impugnarla ante los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa; pero lo que no puede hacer es plantear dicho asunto ante el Juez de Instrucción con la excusa de oponerse al internamiento. Por otra parte, si, efectivamente, el extranjero recurre la resolución de expulsión ante la jurisdicción contencioso-administrativa, podrá, además, solicitar, en su caso, y al amparo de lo

¹¹ AAP Madrid núm. 675/2009, de 22 de septiembre (JUR 2010/11842); AAP Madrid núm. 692/2010, de 20 de septiembre (JUR 2010/362387); AAP Madrid núm. 494/2010, de 7 de octubre (JUR 2011/30369)...

¹² Vid., por ejemplo, AAP Castellón núm. 302/2010, de 23 de julio (JUR 2010/392482).

dispuesto en los artículos 129 y ss. de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa la suspensión de la orden de expulsión¹³.

2. “Periculum in mora”

El *periculum in mora* o riesgo de que no se vaya a poder ejecutar la expulsión, devolución o regreso del extranjero si no se acuerda el internamiento preventivo. Es decir, para que el juez pueda autorizar esta medida cautelar ha de existir riesgo de que el tiempo necesario para tramitar el correspondiente procedimiento administrativo o para ejecutar la resolución adoptada sea aprovechado por el extranjero para ponerse fuera del alcance de las autoridades, impidiendo de esta manera su salida del territorio español (riesgo de fuga o huida). Dicho riesgo normalmente se vincula a la inexistencia de arraigos personales, económicos o sociales del extranjero en nuestro país.

A estos efectos, podemos anticipar que, normalmente, en los casos de devolución y regreso no suele ser difícil justificar la necesidad de autorizar el internamiento, puesto que frecuentemente nos encontramos con extranjeros sin ningún tipo de arraigo en nuestro país. Así, son muchas las resoluciones en las que nuestros tribunales consideran procedente la medida cautelar de internamiento en caso de extranjeros que entran en nuestro país en patera y que carecen de domicilio, trabajo y familiares en España¹⁴; o de extranjeros ya

¹³ Con relación a este tema, destacar la preocupación de la FGE cuando, en la Memoria de 2009, advierte que el Ministerio Fiscal debe “ser especialmente riguroso a la hora de impedir que sea utilizado este procedimiento (recurso contra el auto de internamiento) como vía para atacar la decisión administrativa de expulsión fuera del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa”.

También en esta línea, algunos Fiscales advierten de la estrategia de algunos abogados de forzar la intervención de los Juzgados de Guardia para que hagan uso de la normativa especial que le otorga funciones contencioso administrativas y poder dictar suspensiones cautelarísimas (vid. art. 135 LJCA) de órdenes de expulsión, medida que justifican considerando que la expulsión debería haberse sancionado con multa en lugar de expulsión (sic). A estos efectos, los fiscales especialistas en extranjería, en las jornadas celebrada en Oviedo los días 15 y 16 de octubre, de 2009, propusieron: a) “Deberá informarse en contra de la intervención del juez de instrucción de guardia en funciones contencioso administrativas en los términos del art. 135 de la LJCA cuando la solicitud de suspensión cautelar de la ejecutividad de la resolución administrativa se plantee en día y hora hábil, no revista carácter de urgencia o no concurren los demás requisitos legales”. b) “La literalidad del art. 135 de la LJCA según el cual «El Juez o Tribunal atendidas las circunstancias de especial urgencia que concurren en el caso adoptará la medida sin oír a la parte contraria» no permite concluir que la resolución haya de adoptarse sin oír al Ministerio Fiscal, el cual tiene en la propia ley jurisdiccional un tratamiento procesal diferenciado de las demás partes (art. 119 LJCA). Por ello el Ministerio Fiscal instará del Juez de Instrucción en funciones de guardia, que se le dé traslado de las actuaciones a fin de emitir informe sobre la procedencia o no de la suspensión cautelar de la ejecutividad de la resolución de retorno”. c) “La concesión de la cautelarísima (art. 135 LJCA), impide durante tres días la materialización de la repatriación, pero no la continuidad del internamiento, que sólo debe concluir por su ratificación tras la comparecencia y la vista, ya que de lo contrario el alzamiento de la cautelarísima privaría de eficacia al internamiento”.

¹⁴ AAP Las Palmas núm. 661/2003, de 24 de noviembre (JUR 2004/186452); AAP Las Palmas núm. 98/2005, de 21 de febrero (JUR 2005/84897); AAP Las Palmas de 14 de febrero de 2005 (JUR 2005/85354)...

expulsados que contravienen la prohibición de entrada y que, igualmente, carecen de arraigos personales, económicos o sociales¹⁵; o en caso de denegación de la entrada del extranjero, en los que se resuelve su regreso por no justificar suficientemente el objeto y condiciones de su entrada, así como por no acreditar medios suficientes (cuando el regreso no puede hacerse efectivo dentro de las 72 horas siguientes)¹⁶.

Sin embargo, en los expedientes de expulsión se pueden originar muchos más problemas, puesto que, en ocasiones, el extranjero expedientado cuenta con un cierto arraigo en España, arraigo que puede excluir el riesgo de fuga antes mencionado y que puede hacer innecesario su internamiento.

Con relación al *periculum in mora*, señala el art. 62.1º II LOEx que el juez “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. Asimismo, en caso de enfermedad grave del extranjero, el juez valorará el riesgo del internamiento para la salud pública o la salud del propio extranjero”.

A) Riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio

Se trata, sin duda alguna, de una de las circunstancias más relevantes a la hora de decidir si procede o no el internamiento. La regla general debe ser la de considerar innecesario el internamiento en caso de que el extranjero tenga domicilio conocido y fiable. Así, es frecuente que nuestros jueces denieguen la autorización del internamiento cuando se acredita que el extranjero conoce el idioma castellano y tiene domicilio estable en España¹⁷. En cambio, son muchas las resoluciones que justifican el internamiento en no probar la existencia de un domicilio fijo, conocido y estable, en términos tales que pudiera asegurarse la ejecución de la orden de expulsión si finalmente se produjera¹⁸. No obstante,

¹⁵ AAP Las Palmas núm. 54/2005, de 14 de febrero (JUR 2005/118581); AAP Barcelona núm. 645/2005, de 2 de mayo (JUR 2005/171374)...

¹⁶ AAP Barcelona núm. 873/2008, de 6 de noviembre (JUR 2009/465178); AAP Madrid núm. 815/2010, de 22 de octubre (JUR 2011/16688)...

¹⁷ AAP Madrid 329/2002, de 2 de julio (JUR 2002/248321); AAP Las Palmas de 19 diciembre de 2003 (JUR 2004/28532); AAP Barcelona de 29 de marzo de 2004 (JUR 2004/121787); AAP Murcia de 5 junio de 2006 (JUR 2006/198405); AAP Murcia de 5 junio de 2006 (JUR 2006/198416)...

¹⁸ AAP Barcelona núm. 345/2005, de 1 de junio (JUR 2005/177204); AAP Barcelona núm. 489/2007, de 17 de agosto (JUR 2009/465353); AAP Madrid núm. 760/2009, de 10 de noviembre (JUR 2010/38015); AAP Madrid núm. 980/2009, de 9 de diciembre (JUR 2010/61165); AAP Madrid núm. 624/2010, de 18 de noviembre (JUR 2011/32235)...

también debemos advertir que, aunque la falta de estabilidad en el domicilio es un dato muy relevante en la práctica, dicha circunstancia no impide que el juez pueda valorar otras circunstancias que, en su caso, acrediten el arraigo del extranjero en nuestro país y, por tanto, la inexistencia del *periculum in mora*¹⁹.

Por lo demás, en cuanto a la forma de acreditar el domicilio, señala la CFGE 2/2006 que, “aunque no exclusiva, la prueba habitual de la residencia es el correspondiente certificado de empadronamiento, y que para obtener el mismo no se necesita acreditar la residencia legal en España. Por otro lado también debe tenerse presente que el certificado de empadronamiento no es prueba plena de la realidad del domicilio reflejado en el mismo, por lo que en su caso, será conveniente contrastarlo a través de un informe policial o mediante la aportación de documentos complementarios (contrato de arrendamiento, recibo de pagos de suministros, etc.)”.

B) Riesgo de incomparecencia por carecer de documentación identificativa

La LO. 2/2009 ha matizado, acertadamente, que se trata de carecer de documentación “identificativa” frente a la referencia más imprecisa previa a la reforma de “carecer de documentación”. En consecuencia, no se ha de confundir esta circunstancia con el hecho de que el extranjero no posea documentación legal para mantenerse en España.

Según la CFGE 2/2006, “la carencia de documentación, en tanto reduce la segura identificación de la persona expedientada, también es un poderoso elemento a valorar en cuanto a la ponderación del *periculum in mora*. La utilización de nombres diversos, en tanto actividad desplegada para dificultar la localización, debe ser especialmente valorada para calibrar la concurrencia del peligro de fuga”. En este sentido, son también numerosas las resoluciones que mencionan la utilización por parte del extranjero de identidades diversas como un dato más a tener en cuenta a la hora de autorizar su internamiento²⁰.

C) Las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión

Es evidente que tales actuaciones han de ser valoradas especialmente por el Juez. Sin embargo, tal vez la redacción del precepto a estos efectos sea un tanto ambigua y, como ya ha advertido algún autor, “puede permitir la aplicación indiscriminada de la medida de internamiento”²¹.

¹⁹ AAP Madrid núm. 913/2009, de 11 de septiembre (JUR 2009/428895).

²⁰ AAP Madrid núm. 949/2001, de 18 de diciembre (JUR 2002/9453); AAP Madrid núm. 161/2004, de 13 de abril (JUR 2004/237797)...

²¹ NIETO GARCÍA, L.C.; “Derechos Humanos e inmigración. Europa y la directiva de retorno”, publicado en *Papeles de las relaciones eco sociales y cambio global*, núm. 104, 2008-2009, págs. 50-51.

D) La existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes.

La existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes puede ser relevante en la medida en que de tales datos podamos deducir un incremento del riesgo de fuga; sin embargo, lo que, por supuesto, no procede es utilizar esta vía, la del internamiento preventivo, para sancionar al extranjero con determinados antecedentes.

En cualquier caso, hay que reconocer que, en la práctica diaria, la circunstancia de que el extranjero se halle imputado en procesos penales por delitos que no impidan que el juez que está instruyendo la causa autorice la expulsión administrativa del mismo, o el que se haya dictado previamente decreto de expulsión contra el extranjero sin que éste lo hubiera recurrido, son datos que los jueces manejan frecuentemente, en conminación con otros, para justificar el internamiento del extranjero²².

E) Enfermedad grave del extranjero

“En caso de enfermedad grave del extranjero, el juez valorará el riesgo del internamiento para la salud pública o la salud del propio extranjero” (apartado introducido por LO. 2/2009).

Se trata de una previsión razonable que, por un lado, exige valorar si el ingreso del extranjero en el CIE puede suponer un excesivo riesgo para su salud y que, en consecuencia, proceda no autorizar su internamiento. Por otro lado, también se valora el riesgo que puede suponer el ingreso del extranjero en el CIE con relación a los demás extranjeros ingresados.

F) Otras circunstancias

Además de las señaladas expresamente en el art. 62.1º II LOEx, son circunstancias que frecuentemente tienen en cuenta los jueces para autorizar el internamiento las siguientes: no disponer de medios de vida lícitos, no tener trabajo, no tener familiares en

²² AAP Barcelona núm. 156/2007, de 1 de marzo (JUR 2007/125916); AAP Murcia núm. 411/2010, de 26 de noviembre (JUR 2010/43680); AAP Madrid núm. 4302/2010, de 7 de diciembre (JUR 2011/63110); AAP Madrid núm. 425/2012, de 19 de junio (JUR 2012/272106); AAP Barcelona núm. 17/2013, de 9 de enero (JUR 2013/72222)...

España, tener antecedentes policiales²³, la existencia o no de convenio de readmisión con el país de origen del extranjero...²⁴.

IV. PROCEDIMIENTO

Ya señalamos al comienzo de este trabajo que el procedimiento a seguir para la adopción de la medida cautelar del internamiento debe respetar las garantías básicas que exige la adopción de dichas medidas en el proceso penal. En consecuencia, se exige la observancia del principio de contradicción, permitiendo que el extranjero afectado por la medida pueda hacer alegaciones y proponer las pruebas que estime adecuadas, así como impugnar la resolución que se dicte; se le reconoce el derecho a que le asista un letrado; se

²³ No obstante, en nuestra opinión, el que una persona tenga antecedentes policiales (por ejemplo, como consecuencia de haber sido trasladado a comisaría para identificación) no acredita necesariamente riesgo de fuga de ningún tipo.

²⁴ A modo de resumen, tal y como se recoge en la Memoria de la FGE 2011, la FDE de Madrid señala:

“1) Factores que se estiman como indiciarios de riesgo de no localización posterior: carencia de acreditación de domicilio estable y conocido, utilización de diversas identidades o «usas», carencia de documentación, existencia de antecedentes policiales, judiciales y administrativos (relacionados estos últimos con la Legislación de Extranjería), dificultades constatadas en el expediente de localización para notificación de las resoluciones administrativas (casos en los que no se le ha podido localizar tras varios intentos, y el decreto de expulsión ha debido de ser notificado mediante su publicación en el correspondiente Boletín Oficial –vid. Disposición adicional quinta RLOEx sobre el Tablón Edictal de resoluciones de extranjería), carencia de medios de vida acreditados, carencia de familia y bienes en España”.

“2) Factores que se valoran positivamente como indiciarios del decrecimiento del riesgo de localización posterior: acreditación de domicilio estable mantenido durante un período de tiempo considerable (vg. mediante la aportación de contrato de arrendamiento a su nombre), acreditación de residencia en España durante más de cuatro años (vg. mediante certificado de empadronamiento), acreditación de la existencia familiares directos en España conviviente con él, en situación regular o de nacionalidad española, acreditación de cónyuge (o pareja de hecho) y/o de hijo de nacionalidad española. (vg. mediante la aportación del correspondiente libro de familia), acreditación de realización de trabajo remunerado, inexistencia de antecedentes policiales, judiciales y administrativos (relacionados estos últimos con la Legislación de Extranjería)”.

Por otra parte, en la ya citada Circular de la DGP 6/2014, de 11 de julio, sobre “Criterios para solicitar el ingreso de los ciudadanos extranjeros en los centros de internamiento”, se insiste en que los instructores de los expedientes, antes de solicitar el internamiento, deberán tener en cuenta las circunstancias de carácter personal del ciudadano extranjero. A estos efectos se distingue entre circunstancias “genéricas” (si tiene o no domicilio conocido en España; personas con las que convive y vínculos familiares de los mismos; si tiene hijos menores a su cargo; las consecuencias para él y los miembros de su familia de la expulsión; si tiene arraigo en España; si está provisto de pasaporte; si existe riesgo de fuga o de incomparecencia; si representa un riesgo para el orden público o la seguridad pública o nacional; cualquier otra circunstancia relativa a la existencia de vínculos con España y su país de origen) y “específicas” (la edad de la persona implicada; si se trata de persona anciana; si se trata de mujer embarazada; cuál es su estado físico y psíquico; si necesita tratamiento médico o está sujeto a revisiones médicas; si ha padecido algún tipo de violencia física, psíquica, sexual o cualquier tipo de violación o tortura; cualquier otra circunstancia que pueda indicar que se trata de persona vulnerable).

prevé la preceptiva intervención del MF y, finalmente, como no podía ser de otra forma, la resolución del juez deberá ser suficientemente motivada.

Con relación al procedimiento, la LOEx se limita a establecer, en su art. 62.1º II, que “el Juez, previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, resolverá mediante auto motivado”.

Sin pretender analizar detalladamente dicho procedimiento, simplemente nos vamos a limitar a destacar algunas cuestiones que deberían ser tenidas en cuenta para que el mencionado principio de contradicción y el derecho de defensa del extranjero afectado por la medida fueran respetados en toda su integridad.

a) Cuando al extranjero se le da audiencia, en la misma podrá alegar lo que considere oportuno en su defensa, e incluso pedir la práctica de aquellas pruebas que pongan de manifiesto la improcedencia de su internamiento preventivo, por no concurrir las circunstancias que justifican que el juez autorice el mismo. Sin embargo, hay que advertir, como señalan las Memorias de la FGE de 2011 y 2012 que, en ocasiones, resulta muy difícil que el extranjero pueda probar durante el servicio de guardia la existencia de circunstancias personales que justifiquen la existencia de un arraigo que excluya todo riesgo de fuga. Ello ha provocado en la práctica que a veces se utilice el cauce de los recursos contra el auto de internamiento para ponerlas de manifiesto. En cualquier caso, en nuestra opinión, habrá que entender que si al extranjero le hubiere sido imposible, en el momento de la audiencia, aportar las pruebas oportunas, se ha de reconocer a su abogado la posibilidad de dirigirse al Juez que hubiere autorizado el internamiento, en cualquier momento posterior, aportando las citadas pruebas y pidiendo la revisión de la medida autorizada.

b) Es frecuente que el abogado que asiste al extranjero en el procedimiento de internamiento no coincida con el que lleva su expediente de expulsión²⁵. Ello origina numerosos problemas de defensa porque dicho abogado en muchas ocasiones desconoce completamente la situación del extranjero y de su expediente de expulsión. Por eso, sería muy recomendable que se exigiera que las distintas administraciones responsables contacten, en la medida de lo posible, con el abogado del extranjero en el expediente de expulsión para que sea él mismo quién se encargue de su defensa en el procedimiento de autorización del internamiento. Y si esto no fuera posible, que al menos se facilite la comunicación entre uno y otro abogado.

c) Aunque, como hemos visto, la LOEx se limita a exigir la previa audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal, en nuestra opinión lo ideal sería que el Juez de Instrucción, antes de resolver sobre la autorización o no el internamiento preventivo de extranjeros, convocara a todos los interesados a una audiencia, en la cual pudieran hacer las

²⁵ Así lo han puesto de manifiesto los mismos abogados (vid., por ejemplo, “Protocolos de actuación letrada en materia de extranjería”, junio 2012, Subcomisión de Extranjería del CGAE).

alegaciones y proponer los medios de prueba que consideraran oportunos, de forma similar a lo previsto en el art. 505 de la LECrim con relación a la prisión preventiva.

d) Son muchas las resoluciones de nuestro TC en las que se destaca la importancia de la motivación del Auto de internamiento del extranjero, y en las que se afirma la necesidad de que, para acordar el internamiento preventivo del extranjero, el órgano judicial adopte su decisión motivadamente, teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, dado que el internamiento del extranjero debe regirse por el principio de excepcionalidad y la libertad debe ser respetada, salvo que se estime indispensable su pérdida por razones de cautela o de prevención que habrán de ser valoradas por el órgano judicial²⁶.

En concreto, como señala el art. 62.1º II LOEx, en el auto motivado el Juez, “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...”.

A estos efectos, debe quedar claro que cuando el Juez, en el auto que dicta, se limita a señalar que “concorre la causa de expulsión invocada en el expediente administrativo” y que “atendidas las circunstancias concurrentes”, sin indicar cuáles son éstas, autoriza el internamiento, dicha motivación es insuficiente en cuanto que de la resolución judicial no es posible extraer las razones para justificar la medida excepcional del internamiento adoptada.

e) Si el juez deniega la autorización para el internamiento, normalmente acordará la puesta en libertad del extranjero detenido. Se plantea en estos casos, no obstante, la posibilidad de que el instructor, ante la negativa del juez, pueda adoptar también otras medidas cautelares a fin de asegurar la eficacia de la resolución final que pueda recaer. En concreto, el art. 235.6º RLOEx, con relación al procedimiento preferente de expulsión, prevé la posible adopción de “alguna o algunas de las siguientes medidas cautelares: a) Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado de recibo acreditativo de tal medida. b) Presentación periódica ante el instructor del expediente o ante otra autoridad que éste determine en los días que, en atención a las circunstancias personales, familiares o sociales del expedientado, se considere aconsejable. c) Residencia obligatoria en lugar determinado (*medida declarada constitucional por STC 260/2007, de 20 de diciembre*). d) Cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente”.

En nuestra opinión, las medidas mencionadas en el citado art. 235.6º no sólo se pueden adoptar por el instructor del expediente, sino también directamente por el juez de

²⁶ Vid., entre otras, SSTC 41/1982, de 2 de julio; 115/1987, de 7 de julio; 144/1990, de 26 de septiembre; 96/1995, de 19 de junio; 182/1996, de 12 de noviembre; 169/2008, de 15 de diciembre...

instrucción cuando justifique la negativa a autorizar el internamiento en la adopción de alguna de estas medidas, al considerar a éstas suficientes²⁷. En esta línea podemos interpretar el art. 61.1º f) LOEx que, tras la reforma de 2009, dispone que, 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 las medidas cautelares que menciona dicho precepto así como “cualquier otra medida cautelar que el juez estime adecuada y suficiente”²⁸.

Además, al margen de lo anterior, y con relación a la resolución denegatoria de la autorización judicial para el internamiento, debemos destacar que cuando dicha resolución devenga firme, debe reconocérsele efectos de cosa juzgada y, por tanto, debe impedir que se pueda volver a discutir el mismo asunto si las circunstancias que justificaron la solicitud denegatoria no hubieren cambiado. Es decir, si el juez ha denegado la autorización para internar al extranjero en resolución firme al considerar que no había *periculum in mora* debido al arraigo personal, económico o social del extranjero en nuestro país, dicha resolución debe impedir que la autoridad gubernativa pueda solicitar de nuevo, en un futuro, dicha autorización si las mencionadas circunstancias no hubieren cambiado.

f) Por último, en materia de recursos, debemos resaltar que, a pesar del silencio de la LOEx en esta materia, en la práctica se entiende que contra el auto que dicta el juez en esta materia caben los recursos de reforma y apelación del art. 766 LECrim. Nosotros entendemos, además, que en el escrito de interposición del recurso de apelación se podrá solicitar la celebración de vista previa a la resolución del recurso, de forma similar a lo previsto por el art. 766.5º LECrim para cuando se recurre el auto de prisión provisional, puesto que cuando el juez dicta auto acordando el internamiento preventivo de extranjero está adoptando también una medida privativa del derecho fundamental a la libertad, aunque sea, normalmente, de duración mucho más reducida que la prisión provisional. Además, de forma similar a lo dispuesto para la impugnación del auto de prisión provisional (vid. art. 507 LECrim), estos recursos deben gozar de tramitación preferente y habrán de resolverse en un plazo máximo de 30 días. Por último, también sería recomendable que, dentro de la Audiencia Provincial respectiva, se encomendara la resolución de estos recursos a una misma Sección que se especializara en la materia.

²⁷ Se trata, no obstante, de una cuestión polémica en la doctrina. Así existen numerosos autores que consideran que tales medidas únicamente pueden ser adoptadas por el instructor del expediente (vid., nuestro trabajo, “Internamiento preventivo de extranjeros conforme al nuevo reglamento de los CIE”, op. cit., págs. 202 a 204).

²⁸ En la Circular de la DGP 6/2014, de 11 de julio, sobre “Criterios para solicitar el ingreso de los ciudadanos extranjeros en los centros de internamiento”, se resalta que el citado art. 61.1 contempla otras medidas cautelares que pueden ser adoptados por el instructor del expediente de expulsión que al igual que la de internamiento, tienen como fin asegurar la expulsión, como son la presentación periódica ante el instructor y la retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad previa entrega al interesado del resguardo acreditativo de tal medida.

En cualquier caso, debemos reconocer, con relación al recurso de apelación interpuesto contra el auto que autoriza el internamiento, que se plantea el problema de que, normalmente, dicho recurso queda sin objeto porque el internado ya ha sido dejado en libertad o ha sido expulsado cuando el mismo se resuelve. A pesar de ello, la Audiencia está obligada a entrar a conocer del fondo y a decidir si el internamiento se adoptó o no correctamente por el Juez de instrucción. Así lo suelen hacer las Audiencias Provinciales y así lo exige la STC 169/2008, de 15 de diciembre.

Autorización de expulsión prevista en el Art. 57.7 LOEx

José Antonio Tomé García

Profesor titular de Derecho Procesal
de la Universidad Complutense de Madrid

RESUMEN DE LA PONENCIA: El objeto de este trabajo consiste en analizar los requisitos y el procedimiento a seguir para que el juez, que está conociendo de un proceso penal en el que el extranjero esté imputado, pueda autorizar la expulsión del mismo acordada en un expediente administrativo.

SUMARIO: I. CUESTIONES GENERALES. 1 Regulación. 2. Fundamento. II. REQUISITOS. 1. Que el extranjero “se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial”. 2. Que el procedimiento judicial en el que el extranjero se encuentra imputado ha de ser “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”. 3. Que no se trate de delitos tipificados en los arts. 312.1º, 313.1º y 318 bis del Código Penal. 4. Que en el expediente administrativo de expulsión conste acreditado que el extranjero se encuentra en la situación señalada anteriormente. 5. Que en dicho expediente se haya acordado la expulsión del extranjero. 6. Que no concurren circunstancias que justifiquen denegar la autorización. III. PROCEDIMIENTO. 1. Legitimación. 2. Competencia. 3. Sustanciación. 4. Resolución. 5. Recursos. IV. EFECTOS QUE PRODUCE LA CONCESIÓN O DENEGACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DE EXPULSIÓN EN EL PROCESO PENAL.

I. CUESTIONES GENERALES

1. Regulación.

La posibilidad de expulsar al extranjero en quien concurre causa de expulsión, a pesar de hallarse imputado en un proceso penal, previa autorización judicial, se encuentra prevista y regulada en el art. 57.7º a) de la Ley de Extranjería (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social) (LOEx) y en el art 247 Reglamento de Extranjería (aprobado por Real Decreto 557/2011, de 20 de abril) (RLOEx).

Dispone el art. 57.7º LOEx, en su letra a), que “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”. Además, precisa el párrafo segundo de dicho precepto que “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”. Por último, la letra c) del art. 57.7º LOEX señala, no obstante, que lo anterior no será de aplicación “cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312.1, 313.1 y 318 bis del Código Penal”.

En el mismo sentido se manifiesta el art. 247 RLOEx, aunque añade algunas precisiones: 1º) Será la autoridad gubernativa la que someterá al juez que autorice la expulsión. 2º) Antes de que el juez resuelva si concede o no la autorización para expulsión, además de dar previa audiencia al Ministerio Fiscal, debe oír al “interesado y las demás partes personadas”. 3º) Se precisa que las circunstancias que pueden justificar la denegación de la autorización judicial han de ser “excepcionales”. 4º) “A los efectos de lo dispuesto en este artículo, se considerará que consta acreditado en el expediente administrativo de expulsión la existencia de procesos penales en contra del expedientado, cuando sea el propio interesado quien lo haya acreditado documentalmente en cualquier momento de la tramitación, o cuando haya existido comunicación de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal al órgano competente para la instrucción o resolución del procedimiento sancionador, en cualquier forma o a través de cualquier tipo de requisitoria”.

2. Fundamento.

El objetivo que persigue el legislador con los citados preceptos es, fundamentalmente, evitar que la circunstancia de hallarse el extranjero imputado en un proceso penal, tratándose siempre de delitos menos graves, impida la ejecución de la sanción de expulsión que, en su caso, le hubiere sido impuesta en el correspondiente expediente administrativo¹. Se pretende, igualmente, evitar que el extranjero pendiente de expulsión cometa delitos menos graves con la finalidad de dificultar su expulsión, puesto que, curiosamente, resulta más fácil expulsar de nuestro país a un extranjero en situación ilegal o expedientado por cualquier causa que justifique su expulsión, que al extranjero que

¹ “Dicho artículo 57.7 contempla la posibilidad de que el juez interrumpa el curso normal del proceso en aquellos casos en los que por un extranjero se han cometido delitos menores, de manera que el proceso penal incoado no sea un obstáculo para su expulsión, evitando de esta manera el efecto pernicioso que produciría que la perpetración de un delito de esta naturaleza imposibilitase la expulsión del extranjero, que, tras aquella Ley Orgánica 11/2003, pasa a ser la regla general, permitiendo, no obstante, que se aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación” (AAP de Tarragona núm. 253/2012, de 26 de abril [JUR 2012/191169]).

se encuentra en la misma situación pero que, además, se halla imputado como presunto responsable de un delito menos grave, ya que en estos casos es imprescindible obtener la previa autorización del juez que conoce del proceso penal².

Además de las razones anteriores, es obvio mencionar también el “beneficio” que obtiene el Estado si se concede la citada autorización judicial, en el sentido del ahorro que le supone sustituir la tramitación de un proceso penal y, en su caso, la ejecución de la pena que se podría imponer, por la expulsión del extranjero imputado en dicho proceso. Ahorro no sólo económico sino también en cuanto que dicha sustitución permite reducir la enorme carga de trabajo que pesa sobre nuestros tribunales penales³.

Por último, como argumento a favor de permitir la expulsión del extranjero imputado o procesado, se suele invocar la idea de que, a medio plazo, el resultado va a ser el mismo, es decir, la expulsión del extranjero: o se le expulsa ahora o, en caso de que no se le expulsa ahora y se le juzgue y, en su caso, se le condene, posteriormente será igualmente expulsado.

Sin embargo, a pesar de las ventajas que ofrece la posibilidad de expulsar al extranjero imputado en el proceso penal, dicha expulsión también plantea numerosos problemas, al menos, desde el punto de vista de los principios que rigen el proceso penal español. Efectivamente, en caso de que el juez conceda la autorización para expulsar al extranjero imputado, dicha autorización provoca la paralización de dicho proceso y supone la renuncia del Estado a actuar el *ius puniendi* en ese caso concreto. Se vulneran así principios básicos del nuestro proceso penal como son el principio de indisponibilidad e irrenunciabilidad de la acción penal. Tales principios se justifican en el interés público del Estado en la represión de los delitos. Sin embargo, cuando se concede la citada autorización judicial, resulta que este interés superior del Estado, cede frente al interés también del Estado, derivado de su política de extranjería, en expulsar a los extranjeros en quienes concurren causa de expulsión. En otras palabras, al interés del Estado en la represión de la infracción penal, en ocasiones, se superpone el interés del Estado en ejecutar la sanción impuesta para reprimir una infracción administrativa de menor entidad. Tal situación, al menos desde el punto de vista de los principios, no deja de estar exenta de una evidente crítica.

La renuncia a actuar el *ius puniendi* que supone la concesión de la citada autorización es una manifestación más del denominado principio de oportunidad que, como sabemos, va introduciéndose cada vez con mayor intensidad en nuestro proceso penal. Es decir, son

²Vid., sobre este tema, la CFGE 1/1994, de 15 de febrero, sobre “intervención del MF en relación con determinadas situaciones de los extranjeros en España”, y la IFGE 4/2001 sobre “autorización judicial de expulsión de extranjeros imputados”.

³ Vid., en este sentido, ORTEGA MARTÍN, E.; “Manual Práctico de Derecho de Extranjería”, 3ª edic, Editorial Jurídica Europea del Derecho, Madrid, 2005, pág. 120.

razones de oportunidad las que llevan al legislador a prever que, en determinadas circunstancias, se debe proceder a la expulsión del extranjero, a pesar de que dicha expulsión impida la actuación del *ius puniendi* del Estado. Son razones de oportunidad las que justifican, al menos según la ley, una excepción al principio de indisponibilidad e irrenunciabilidad de la acción penal, de difícil encaje en nuestro texto constitucional, porque, no olvidemos que, según el art. 124.2º CE, el Ministerio Fiscal ejerce sus funciones (y entre dichas funciones se encuentra la de ejercer la acción penal –art. 105 LECrim-) conforme al principio de legalidad. Esas razones de oportunidad a las que nos estamos refiriendo no son otras que las que hemos mencionado antes. Ahora bien, también es cierto que es la propia ley la que permite que se produzca lo anterior y, como sabemos, en estos casos se puede hablar de que nos encontramos con una manifestación del principio de oportunidad “reglada”.

Entre los aspectos negativos que supone la posibilidad prevista en el art. 57.7º LOEx, no podemos dejar de mencionar el riesgo, ya apuntado por la doctrina⁴, de que se incremente la comisión de delitos menos graves por parte de los extranjeros sancionados con expulsión gubernativa ante la convicción de estos últimos de que no van a tener que cumplir la pena que, en su caso, se les pueda imponer por la comisión de los citados delitos, sino que simplemente se procederá a la ejecución de la expulsión ya acordada. Es decir, nada que perder.

Sin perjuicio de lo señalado en párrafos anteriores, lo que está claro es que, conforme a lo dispuesto en el art. 57.7º LOEx, el legislador ha optado por otorgar preferencia al interés del Estado en ejecutar la expulsión acordada administrativamente frente al interés del Estado en actuar el *ius puniendi* cuando se trate de delitos para los que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza. Es decir, concurriendo los requisitos mencionados en el art. 57.7º LOEx, el juez debe autorizar la expulsión, “salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación” (“circunstancias excepcionales” en el art. 247 RLOEx -no deja de ser criticable que por vía reglamentaria se restrinja lo dispuesto por la ley-). Por tanto, la regla general es la concesión de la autorización por el juez y, sólo excepcionalmente, podría el juez denegar la misma.

Por último, es importante no confundir el supuesto previsto en el art. 57.7º LOEx con el regulado en el art. 89 CP. El art. 57.7º regula, como estamos viendo, la posibilidad de que el juez que está conociendo del proceso penal autorice una expulsión acordada en un expediente administrativo al entender que, en dicho proceso penal, no concurren circunstancias que justifiquen la denegación de la autorización. En cambio, el supuesto previsto en el art. 89 CP hace referencia a la posibilidad de que sea el mismo Juez Penal el que acuerde la expulsión del extranjero en sustitución de la pena que le haya impuesto.

⁴ Vid. DEL RÍO FERNÁNDEZ, L.; “Garantías en la detención y expulsión de extranjeros”, publicado en la Revista La Ley, 1998, tomo I, pág. 1884.

Consecuencia de ello es que, en el supuesto previsto en el art. 57.7º LOEx, la expulsión es un acto administrativo sometido a control judicial por los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. En estos casos, el Juez Penal, al que corresponde autorizar o no la expulsión, no puede entrar en el fondo de la decisión de expulsión administrativa, ya que el control de dicha decisión no le corresponde a dicho juez, sino, en su caso, a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. El Juez Penal lo único que analiza es si esa expulsión administrativa debe prevalecer o no a la actuación del *ius puniendi* que supone el proceso penal⁵.

II. REQUISITOS

1. Que el extranjero “se encuentre procesado o imputado en un procedimiento judicial”.

Aunque la ley se refiere, en primer lugar, al extranjero⁶ que se encuentre “procesado”, debemos advertir que tal supuesto será excepcional puesto que,

⁵ Sobre este tema son significativas las palabras de nuestro TC (Sentencia 24/2000, de 31 de enero), aunque referidas a la regulación de esta materia en la Ley de Extranjería de 1985: “El Juzgado de Instrucción autoriza, en efecto, a la autoridad gubernativa para decretar la expulsión, y para ello se limita a verificar si el extranjero contra el que se sigue el procedimiento administrativo de expulsión está o no imputado en un proceso penal por delitos menos graves, si se halla incurso en un supuesto de expulsión y si la autorización resulta preferible a la continuación del procedimiento penal, ponderando las circunstancias concurrentes del caso (arts. 21.2º y 26.1º de la Ley Orgánica 7/1985). Todo ello sin perjuicio del derecho que asiste al recurrente de ejercitar contra la orden de expulsión, en su caso, los recursos procedentes en vía administrativa y contencioso-administrativa, así como de instar la adopción de medidas cautelares en esta sede, entre ellas la de suspensión (arts. 34 y 35 de la Ley Orgánica 7/1985 y STC 115/1987, de 7 de julio)...”. “El papel del Juez Penal en este caso es, pues, en cierto modo, análogo al del Juez que conoce en sede de habeas corpus de la situación del extranjero que va a ser expulsado. La doctrina de este Tribunal ha señalado que, en estos casos, el control pleno de la legalidad de la medida de expulsión corresponde a los Tribunales Contencioso-Administrativos, pero el Juez Penal debe velar «prima facie» por los derechos del extranjero, revisando, aunque de manera provisional, el presupuesto material que justifica la actuación administrativa para la que se pide su intervención (SSTC 12/1994, de 17 de enero, 21/1996, de 12 de febrero, 66/1996, de 16 de abril, y 174/1999, de 27 de septiembre)”.

En otras palabras, como señalaba la CFGE 3/2001, el control que efectúa el juez para autorizar “no se identifica con el que corresponde efectuar a la jurisdicción contencioso-administrativa, es más somero y busca principalmente comprobar si el acuerdo gubernativo cumple con las exigencias de la ley en cuanto a la competencia del órgano autor del mismo, formalidades externas y concurrencia de alguno de los supuestos materiales que lo justifican en Derecho”.

⁶ Conviene advertir, como se recoge expresamente en la Memoria de la FGE de 2014, que, “siguiendo la reiterada doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre la interpretación de la expulsión de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea (en relación con la delimitación de los conceptos de orden público, seguridad pública y salud pública), se está realizando una aplicación restrictiva del artículo 57.7 LOEx cuando la expulsión administrativa deriva de un expediente incoado según las normas 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”.

necesariamente, se ha de tratar de delitos para los que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza, y en estos casos no se siguen los trámites del sumario ordinario, único proceso en el que subsiste el auto de procesamiento. No obstante, a pesar de lo anterior, sí podría tener aplicación la referencia al procesamiento en aquellos casos en los que el extranjero fuera enjuiciado por conexidad con otros imputados, a los que se les imputen diversos delitos (alguno de ellos castigados con pena superior a nueve años), y dicho extranjero sólo fuera procesado por un delito para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza.

En cuanto al término imputado, tanto la FG (vid. Circular 3/2001, 21 de diciembre de 2001, relativa a “la actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería”, y Circular 2/2006, de 27 de julio de 2006, sobre “diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España”), como nuestro TC (vid. la citada STC 24/2000, de 31 de enero), así como la doctrina en general⁷, entienden que el mismo se ha de interpretar en el sentido de que a partir del momento en que el extranjero sea oído por el juez de instrucción en concepto de imputado (vid. art. 775 LECrim), se podrá autorizar judicialmente la expulsión gubernativa. Sin embargo, dicha conclusión no es tan evidente como pudiera pensarse. El legislador se refiere al que se encuentre “procesado o imputado” y parece que equipara el procesamiento con la imputación. Si esa fuera la intención del legislador (equiparar procesamiento e imputación) sólo a partir del momento en el que se constate la existencia de “indicios racionales de criminalidad” contra el imputado procedería solicitar la autorización de expulsión, sin que, a estos efectos, fuera suficiente con que el juez hubiera citado al imputado a la comparecencia previsto en el art. 775 LECr al considerar “verosímil o fundada” la imputación del delito formulada por un particular o por la policía frente a dicha persona. Por tanto, conforme a dicha interpretación por la que se equipararía “imputado” a “procesado”, en el procedimiento abreviado habría que esperar al auto de transformación de las diligencias previas (art. 779.1.4º LECr) o al auto de apertura del juicio oral (art. 783.1º LECr)⁸.

⁷ Vid., en este sentido, DEL MORAL GARCÍA, A., “El extranjero en el orden penal”, en la obra colectiva coordinada por SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M.A., “Derecho de extranjería. Un análisis legal y jurisprudencial del régimen jurídico del extranjero en España (Jurisprudencia y formularios)”, edit. Diego Marín Librero Editor, Murcia, 2005, pág. 709; DE MATEO MENÉNDEZ, F., (junto a CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C. y CÓRDOBA CASTROVERDE, D.) “Tratado Práctico de los procesos de extranjería”, edit. Bosch, Barcelona, 2003, tomo III, págs. 2419 y ss; PALOMO DEL ARCO, A., “La expulsión de extranjeros en el proceso penal”, en obra colectiva “El extranjero en el Derecho Penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva L.O 4/2000)”, Manuales de formación continuada núm. 5, 1999, CGPJ, págs. 154 y ss.

⁸ Señala el AAP de Madrid núm. 353/2011, de 15 de junio [JUR 2011/09330], que resulta claro del art. 57.7 LOEx “que la autorización de expulsión se supedita a que el afectado por tal medida en el expediente administrativo tenga en el proceso penal la condición de imputado; condición que se

No obstante, a pesar de que la terminología utilizada por el legislador nos podría llevar a la conclusión indicada, lo más adecuado sería que el juez pudiera decidir lo antes posible si procede o no autorizar la expulsión del extranjero imputado. Habrá supuestos en los que será preferible que dicha decisión se tome una vez constatada la existencia de indicios racionales de criminalidad contra el extranjero imputado, puesto que antes de dicho momento sería precipitado decidir si se debe conceder la autorización para la expulsión del extranjero o si, por el contrario, concurren circunstancias que hacen aconsejable la continuación del procedimiento y la actuación del *ius puniendi* del Estado en ese caso concreto. Sin embargo, en la mayoría de los casos no sería necesario esperar a analizar si concurren los citados “indicios racionales de criminalidad” porque, por ejemplo, dada la escasa gravedad del hecho punible imputado, tanto si concurren como si no concurren los citados indicios, estaría claro que procede conceder la autorización de expulsión.

En cuanto al momento preclusivo para solicitar la autorización de la expulsión, señala la CFGE 2/2006 que “debe entenderse que puede instarse la misma hasta el inicio de la celebración de las sesiones de juicio oral. A partir de ese momento, el juicio oral debe continuar y culminar en sentencia, no siendo procedente conceder la autorización...”. Si tras el juicio oral, el extranjero resulta condenado, “pasa a ser penado, no cabiendo autorización por vía del art. 57.7º LOEx, sino que habrá de operarse, en su caso, vía expulsión sustitutiva”⁹. Además, habría que interpretar que en aquellos casos en los que, al haber comenzado las sesiones del juicio oral, no se puede solicitar la autorización al juez para la expulsión del extranjero imputado, pero tampoco proceda sustituir la pena impuesta por la expulsión al tratarse de penas que no son susceptibles de ser sustituidas

adquiere en las mismas diligencias previas del procedimiento abreviado cuando se ha realizado en el procedimiento un acto judicial de imputación; lo que ha sucedido respecto del ahora recurrente, a quien se han incoado diligencias previas, se le ha tomado declaración como imputado en las diligencias previas y se ha dictado auto acordando la continuación de la causa por los trámites del procedimiento abreviado contra el mismo por si los hechos fueran constitutivos de un delito contra la propiedad intelectual; por lo que concurre en el caso la condición de imputado en la causa penal que es requisito para que se autorice judicialmente la expulsión del mismo decretada en expediente administrativo en los términos previstos en el precepto antes citado”.

Por su parte, el AAP de Barcelona núm. 237/2005, de 11 de febrero [JUR 2005/83361] señalaba expresamente que sólo se puede autorizar la expulsión “cuando en el marco del procedimiento abreviado sobre la persona encartada pesa un acto de imputación semejante al auto de procesamiento, y el mismo no puede ser sino el Auto de transformación de Diligencias Previas en Procedimiento Abreviado o el Auto de Apertura de Juicio Oral”.

⁹ Así, por AAP de Murcia núm. 663/2011, de 5 de diciembre [JUR 2012/82770], se revoca la autorización concedida por el Juez de lo Penal para expulsar al extranjero, puesto que este no se encontraba “en situación de imputado o procesado, sino de condenado, hallándose en prisión cumpliendo condena, no constando en la sentencia la sustitución de la pena por la expulsión” (vid., en la misma línea, AAP de Barcelona núm. 592/2009, de 16 de noviembre [JUR 2010/44373]).

por la expulsión conforme a lo dispuesto por el art. 89 CP, la pena impuesta no debe impedir la ejecución de la resolución administrativa de expulsión¹⁰.

Al margen de lo anterior, conviene también destacar la opinión reseñada en la CFGE 2/2006, acerca de la posibilidad de que se conceda la autorización para expulsión en caso de que en la causa se dicte auto de sobreseimiento provisional por no estar acreditados los hechos. A estos efectos, la citada Circular distingue dos supuestos: “a) Si la causa se sigue por hechos que tienen asignada pena inferior a seis años, habrá de informarse conforme a la regla general en el sentido de ser procedente la autorización para la expulsión. b) Si por contra la causa se sigue por hechos que tienen asignada pena privativa de libertad igual o superior a seis años habrán de analizarse los óbices procesales que fundamentan el sobreseimiento, de modo que si es improbable que tales obstáculos puedan superarse y que por tanto puedan llegar a enjuiciarse los hechos, la regla general será informar en el

¹⁰ Con relación al problema apuntado, reproducimos a continuación lo señalado en la Memoria de la FGE de 2010:

“La Circular 2/2006 ordenaba a los Sres. Fiscales promover las actuaciones necesarias para que «en los supuestos en los que cuando por haberse iniciado las sesiones del juicio oral no sea posible aplicar el art. 57.7 LOEx y simultáneamente cuando por la índole de la pena impuesta no sea aplicable el art. 89 CP, la ejecutoria se tramite con la mayor celeridad de forma que la ejecución de la pena impuesta (multa, trabajos en beneficio de la comunidad, localizaciones permanentes) no se convierta en un obstáculo para la expulsión administrativa, cuando ésta sea procedente. El objetivo debe ser el de que la ejecución de la pena no privativa de libertad o de la pena impuesta por una simple falta no se torne en obstáculo para la ejecución de una posible expulsión gubernativa».

Este criterio debe ser sometido a revisión porque ha conducido a resultados que distorsionan la coherencia del ordenamiento jurídico ya que por una parte se impide la ejecución de la resolución administrativa por haberse impuesto al extranjero una pena no privativa de libertad y, por otra parte, porque al tratarse de una pena de esta naturaleza no cabe acordar la expulsión sustitutiva prevista en el art. 89 del CP.

De esta manera la comisión de hechos delictivos de escasa trascendencia y la imposición de una pena privativa de derechos, en no pocas ocasiones en juicios rápidos, se ha convertido en un mecanismo de permanencia en España del extranjero expulsado administrativamente. Así se ha llegado a la curiosa situación de que la pena y su cumplimiento se han convertido en formas de permanencia en España, quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto.

En tales supuestos, de haberse dictado resolución administrativa de expulsión respecto del extranjero condenado, habrá que entender que no existe obstáculo procesal a la materialización de la expulsión administrativa dado que tales condenas a penas no privativas de libertad caen fuera del ámbito de aplicación art. 89 del CP, quedando expedita la vía administrativa sujeta al control en su caso, de la jurisdicción contencioso-administrativa” (CFGE 5/2011 -punto VI.7-).

Dicha solución también podría aplicarse “en relación con los ciudadanos extranjeros en situación irregular a quienes a pesar de ello se les ha concedido la suspensión de la condena (arts. 80 a 87 CP) por desconocerse en el momento de dictar sentencia la exacta situación de ilegalidad de la estancia del condenado. En tales casos, puede ocurrir que, tras haber obtenido la suspensión de la condena, el extranjero cuya falta de residencia legal no constaba acreditada en la causa penal sea objeto de una sanción administrativa de expulsión del territorio español y por parte de la autoridad gubernativa se solicite del Juez o Tribunal sentenciador autorización para la materialización de la expulsión. En estos supuestos se observa la tendencia a emitir informes favorables en el sentido de que no hay obstáculo procesal a la materialización de la expulsión...”.

sentido de ser procedente la autorización para la expulsión. En otro caso deberá emitirse informe negativo por ser la pena señalada superior al tope legal”. Aunque esta segunda conclusión pudiera, en principio, considerarse discutible, nosotros la compartimos plenamente porque el hecho de que el legislador no permita conceder la autorización de expulsión tratándose de delitos para los que la ley prevea una pena privativa de libertad igual o superior a seis años es para permitir la actuación del *ius puniendi* del Estado, lo cual, en el caso descrito, no va a ser posible. Además, no sería razonable que tal circunstancia pudiera ser aprovechada por el extranjero sancionado con la expulsión administrativa para justificar su permanencia indefinida en España.

2. Que el procedimiento judicial en el que el extranjero se encuentra imputado ha de ser “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”.

En primer lugar, debemos destacar que el art. 57.7º no distingue acerca de si el delito o falta imputado al extranjero se cometió antes o después de incoado el expediente de expulsión y, por tanto, dicho dato es irrelevante a la hora de que se conceda o no la autorización judicial¹¹.

Antes de la reforma efectuada por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, el art. 57.7º sólo se refería a “delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años”. En cambio, tras la reforma, se mencionan también los delitos castigados con “pena de distinta naturaleza”, es decir, no privativa de libertad, así como las faltas. En este sentido, debemos felicitarnos por la citada reforma puesto que, teniendo en cuenta el fundamento que justifica la autorización de la expulsión en estos casos, es evidente que si dicha autorización se puede conceder en caso de delitos castigados con penas privativas de libertad inferiores a seis años, con mucha más razón ha de concederse cuando se trate de delitos menos graves sancionados con penas no privativas de libertad o faltas. En cualquier caso, como sabemos, hoy día la referencia a las faltas ya no tiene relevancia tras la supresión de las mismas con la última reforma del CP ((efectuado por LO. 1/2015, de 30 de marzo).

Por lo demás, en el texto actual se especifica que ha de tratarse de delito “para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años”, es decir, queda claro que el legislador se refiere a la pena en abstracto que el CP señala, con independencia de la pena en concreto que pudiera imponerse al final al imputado. Por tanto, quedan fuera aquellos

¹¹ En este sentido, la regulación vigente difiere de la prevista en la LO. 7/1985, cuyo art. 26.3º se refería expresamente a delitos cometidos con posterioridad a la incoación de expediente, ya que el objetivo fundamental que dicho precepto perseguía era evitar que la comisión de delitos menos graves impidiera la ejecución de la sanción de expulsión. No obstante, con la LO. 7/1985 también se podía solicitar la autorización judicial de expulsión cuando se trataba de delitos cometidos con anterioridad a la incoación del expediente al amparo del art. 21.2º LO. 7/1985

delitos que el CP castiga, en su tramo superior, con pena privativa de libertad de 6 o más años.

Por último, como precisa la CFGE 2/2006, “al igual que cabe autorizar la expulsión cuando se sigan varias causas contra el mismo extranjero si cada una respeta el límite penológico establecido en el art. 57.7º LOEx, cabrá autorizar la expulsión si la misma causa se sigue por varios delitos contra el mismo extranjero siempre que cada uno de ellos no supere la pena de seis años de privación de libertad”. No obstante, como veremos más adelante, tal circunstancia (la imputación de varios delitos al mismo extranjero), puede justificar la denegación de la autorización solicitada.

3. Que no se trate de delitos tipificados en los arts. 312.1º, 313.1º y 318 bis del Código Penal.

Tratándose de estos delitos el juez no puede conceder la autorización para la expulsión, puesto que el legislador, en estos casos, otorga siempre preferencia a la actuación del *ius puniendi* por parte del Estado. Con ello se trata de evitar que los extranjeros implicados en estos delitos, relativos a mafias vinculadas con el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas¹², pudieran resultar beneficiados por la expulsión, sin que fueran juzgados por los delitos cometidos. Por tanto, los procesos penales en los que se enjuicien dichos delitos deben seguir hasta el final sin excepciones. Además, según el art. 57.8º LOEx, cuando los extranjeros hayan sido condenados por estos delitos, la expulsión se llevará a efecto una vez cumplida la pena privativa de libertad.

4. Que en el expediente administrativo de expulsión conste acreditado que el extranjero se encuentra en la situación señalada anteriormente.

La autoridad gubernativa sólo solicitará autorización al juez para proceder a la expulsión del extranjero si en el expediente administrativo consta que el extranjero se encuentra imputado o procesado por la comisión de un delito de las características reseñadas. A estos efectos, dispone el art. 247 RLOEx, “se considerará que consta acreditado en el expediente administrativo de expulsión la existencia de procesos penales en contra del expedientado, cuando sea el propio interesado quien lo haya acreditado documentalmente en cualquier momento de la tramitación, o cuando haya existido comunicación de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal al órgano competente para la instrucción o resolución del procedimiento sancionador, en cualquier forma o a través de cualquier tipo de requisitoria”.

¹² Los delitos a los que se refieren dichos preceptos son el tráfico ilegal de mano de obra (art. 312.1º CP); determinar o favorecer la emigración de alguna persona a otro país simulando contrato o colocación, o usando de otro engaño semejante (art. 313 CP) y los que, directa o indirectamente, promuevan, favorezcan o faciliten el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea (art. 318 bis CP - precepto que ha sido reformado recientemente por la LO. 1/2015-).

En consecuencia, por tanto, el propio extranjero, que pueda tener interés en ello, tiene la posibilidad de acreditar en el expediente administrativo que se encuentra imputado en un procedimiento judicial. Tal circunstancia la deberá acreditar documentalmente, tal y como exige el art. 247 citado, aunque, como es obvio, la propia autoridad gubernativa no tendría problema alguno para comprobar dicha circunstancia si el extranjero no presentara documento acreditativo al efecto.

Se considerará también que consta acreditado en el expediente administrativo de expulsión la existencia de procesos penales en contra del extranjero cuando sea el propio Juez o el Fiscal quien lo haya comunicado a los organismos policiales¹³.

En cualquier caso, debemos advertir que, aunque se trata de supuestos cada vez más excepcionales, en ocasiones se ejecuta la sanción de expulsión de extranjeros imputados en procesos penales, sin solicitar la autorización judicial a que hace referencia el art. 57.7º LOEx, al no constar en el expediente administrativo la citada imputación¹⁴.

¹³ Hay que advertir, no obstante, que el art. 257 RLOEx, relativo a las “comunicaciones de los órganos judiciales a la Delegación o Subdelegación del Gobierno en relación con extranjeros”, no señala nada al respecto, limitándose a exigir la comunicación de “la finalización de los procesos judiciales en los que concurra la comisión de infracciones administrativas a las normas sobre extranjería, a los efectos de que pueda reanudarse, iniciarse o archivarse, si procede, según los casos, el procedimiento administrativo sancionador. Del mismo modo, comunicarán aquellas condenas impuestas a extranjeros por delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año a los efectos de la incoación del correspondiente expediente sancionador”, o “las sentencias en las que acuerden la sustitución de las penas privativas de libertad impuestas o de las medidas de seguridad que sean aplicables a los extranjeros no residentes legalmente en España por su expulsión del territorio nacional”. En cambio, el art. 256.3º RLOEx sí que señala expresamente que “cuando el Ministerio Fiscal conozca que un extranjero se encuentra imputado en un procedimiento por delito menos grave y pudiera estar incurso en alguna de las causas de expulsión previstas en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sin que hubiera sido incoado el correspondiente expediente administrativo sancionador, informará sobre tal imputación a la Delegación o Subdelegación del Gobierno competente para que ésta compruebe si procede o no la incoación de expediente de expulsión. A los mismos efectos, el Ministerio Fiscal comunicará a la autoridad gubernativa las condenas impuestas a extranjeros por delito doloso castigado con pena privativa de libertad superior a un año”.

¹⁴ A estos efectos son significativas las reflexiones contenidas en la Memoria de la FGE de 2011: “...la aplicación normalizada del artículo 57.7 LOEX se hace depender de la precisa información por la autoridad administrativa competente de la existencia de procesos penales pendientes contra el afectado. Sólo cuando ese hecho consta en el expediente administrativo de expulsión es preceptivo para la Administración acudir a la autoridad judicial en petición de la correspondiente autorización. Si aquel dato no consta a la autoridad administrativa, ésta podrá legítimamente expulsar a un ciudadano extranjero, aunque efectivamente estuviera imputado por un delito de extrema gravedad. Pues bien, la experiencia acredita que las insuficiencias de información existen.

A ello contribuyen varios factores de la más variada naturaleza, significadamente los derivados del ámbito subjetivo de aplicación del artículo 57.7 LOEX dado que se extiende a todos los ciudadanos extranjeros cualquiera que sea su situación en España –regular o irregular–; la intervención de una pluralidad de policías en la elaboración de atestados (Policía Nacional, Guardia Civil, policías autonómicas e, incluso para un limitado número de delitos, las policías municipales); la

5. Que en dicho expediente se haya acordado la expulsión del extranjero.

Aunque ni el actual artículo 57.7º LOEx ni el art. 247 RLOEx lo exijan expresamente, hay que entender que la expulsión únicamente se puede autorizar una vez acordada¹⁵, aunque dicha resolución hubiere sido impugnada ante los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa¹⁶. No obstante, en nuestra opinión, no vemos grandes inconvenientes a la posibilidad de que la autoridad gubernativa pudiera solicitar la autorización de expulsión en cualquier momento después de incoado el correspondiente expediente de expulsión. Se ganaría tiempo, es decir, una vez acordada la expulsión en el expediente administrativo no haría falta esperar a que el juez autorizara dicha expulsión para poderla llevar a cabo, pues la misma ya habría sido autorizada¹⁷.

Procede solicitar la autorización judicial de expulsión cualquiera que sea la causa por la que ésta haya sido acordada. Ahora bien, debe quedar claro que los hechos que han dado

posibilidad de que el afectado por el expediente de expulsión se encuentre imputado en una pluralidad de procesos penales, no solo por Juzgados de una misma localidad, sino ubicados en provincias muy distantes; y, por fin, que existan defectos de identificación del ciudadano extranjero que ha utilizado diversos nombres y apellidos por todo el territorio nacional.

La instauración de un sistema de intercambio de datos e información precisa y completa entre las diferentes fuerzas de seguridad estatales, autonómicas y locales, por un lado, y entre éstas y los órganos jurisdiccionales por otro, sigue siendo una necesidad. Es verdad que, en relación con años precedentes, se han mejorado esos mecanismos de colaboración y comunicación, pero todavía se denuncian por algunos fiscales delegados de Extranjería la constatación de casos patológicos”.

¹⁵ Así se señala expresamente por la CFGE 2/2006 y en este sentido se manifestaba claramente el art. 57.7º LOEx, antes de la reforma de 2003, según el cual, el juez sólo podía autorizar la expulsión “previa sustanciación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador”. También, en la misma línea, el art. 100.2º c) del Reglamento de extranjería de 2001 se refería al “extranjero contra el que se hubiese adoptado resolución que acuerde su expulsión del territorio nacional”.

¹⁶ Como señala RODRÍGUEZ LAÍZ, “el decreto de expulsión debe existir como presupuesto al planteamiento de una solicitud de autorización judicial de expulsión; no un expediente de expulsión en trámite. Como quiera que la actuación del Juez del orden penal no va más allá de una claudicación del *ius puniendi*, bastará con la firmeza en sede administrativa; lo que supone que la expulsión, que no la autorización judicial, puede paralizarse o dejarse sin efecto en la vía contencioso-administrativa” (RODRÍGUEZ LAÍZ, J.L.; “La posición jurídica del perjudicado frente a la autorización judicial de expulsión del art. 57.7 de la Ley Orgánica de Extranjería”, publicado en Diario La Ley nº. 7767, 2 de enero de 2012).

En cualquier caso, también hay que señalar que existen resoluciones de nuestros tribunales en las que expresamente se señala que solo se puede autorizar la expulsión cuando dicha resolución es ejecutable, cosa que no sucede cuando la misma haya sido impugnada ante los Juzgados de lo Contencioso-Administrativos y estos hayan acordado la suspensión cautelar de la resolución de expulsión (vid., por ejemplo, AAP de Madrid núm. 1283/2008, de 12 de diciembre [JUR 2009/88710]).

¹⁷ Hay que tener en cuenta, además, como argumentos que ratifican dicha afirmación el que, por un lado, se puede solicitar la autorización judicial cuando todavía el acuerdo de expulsión no es firme, y, por otro, que el art. 26.3º de la LO. 7/1985 permitía expresamente solicitar la autorización cuando el expediente de expulsión estuviera “en trámite de instrucción”.

origen al proceso penal en el que se solicita la autorización de expulsión no pueden justificar al mismo tiempo la expulsión administrativa. Como sabemos, y en este sentido se han manifestado nuestros tribunales (vid., por ejemplo, STS -Sala de lo Contencioso-Administrativo- de 21 de diciembre de 2004 [RJ 2005/66]), el principio *non bis in idem* exige que el procedimiento administrativo se paralice cuando los hechos objeto del mismo sean constitutivos de delito. Por tanto, el juez sólo puede conceder autorización para expulsión cuando la expulsión ha sido acordada por infracciones diferentes a las que están siendo objeto del proceso penal (vid., en este sentido, CFGE 2/2006).

6. Que no concurran circunstancias que justifiquen denegar la autorización.

La regla general es que, concurriendo los requisitos examinados, el juez debe autorizar la expulsión solicitada, “salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación” (“circunstancias excepcionales” en el art. 247 RLOEX). Por tanto, lo que procede en este momento es analizar cuáles son esas circunstancias que pueden justificar la denegación de la autorización judicial. O, en otras palabras, en qué casos se debe otorgar preferencia al interés del Estado en actuar el *ius puniendi* sobre el interés del Estado en ejecutar la expulsión acordada administrativamente.

En este tema lo primero que tenemos que recordar es que el Juez Penal no puede entrar en el fondo de la decisión de la expulsión administrativa, ya que el control de dicha decisión corresponde a los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. En consecuencia, el juez penal no puede entrar a valorar circunstancias tales como el arraigo del extranjero en nuestro país. Cuestión distinta es la de que, lógicamente, el Juez Penal sí puede tener en cuenta la causa y circunstancias por las que se acuerda la expulsión del extranjero a efectos de valorar qué interés del Estado debe prevalecer.

Partiendo de la base de que sólo cabe la autorización judicial de expulsión cuando se trate de “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 que, por tanto, el legislador no considera oportuno que el juez pueda conceder dicha autorización cuando se trate de delitos más graves, parece razonable pensar que, dentro del ámbito mencionado, cuanto más grave sea el delito, estará más justificado denegar la autorización. Es decir, la naturaleza del delito y la pena que le corresponda son datos relevantes que debe tener en cuenta el juez¹⁸. También,

¹⁸ En este sentido resultan interesantes las reflexiones que efectúa la AP de Murcia para justificar la denegación de la autorización judicial en caso de delito de tráfico de drogas que no causan grave daño a la salud, pero en cantidad de notoria importancia: “En este caso las razones de interés general o política criminal e incluso de justicia material lo que aconsejan es el enjuiciamiento del extranjero, sin perjuicio de que, de dictarse sentencia condenatoria, en la misma se acuerde su expulsión, como sustitución de la pena privativa de libertad, en los términos que prevé el citado art. 89 CP, con todas las consecuencias que conllevaría la misma, sin olvidar, no obstante, que aun recayendo tal sentencia condenatoria y puesta de relieve la voluntad del aquí apelante de ser expulsado, en ella también, excepcionalmente y de forma motivada, podría apreciarse que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España”

en nuestra opinión, la circunstancia de que el extranjero se encuentre procesado o imputado por numerosos delitos (por ejemplo, varios robos con violencia) podría justificar una resolución contraria a autorizar la expulsión del extranjero, aunque todos ellos estuvieren castigados por debajo del límite máximo indicado.

Sobre este tema, la CFGE 3/2001, se manifestaba en los siguientes términos: “En relación con los delitos de naturaleza grave los fiscales valorarán el conjunto de las circunstancias del caso –especial trascendencia del delito cometido, pertenencia a grupos organizados, alarma social, necesidad reforzada de respuesta penal- para instar la decisión que mejor acomode las exigencias de la justicia, como valor superior del ordenamiento jurídico, con las necesidades de una racional y prudente política de extranjería”. “De entre todas estas circunstancias la gravedad del delito imputado y la frecuencia de su comisión adquieren un perfil dominante, como ha afirmado en alguna ocasión la doctrina del TS –vid. STS 1144/2000, de 4 de septiembre- por lo que procede denegar la autorización de expulsión en los casos más graves por aplicación del principio de proporcionalidad”¹⁹.

(aquí el imputado lo era por tráfico de drogas que no causan grave daño a la salud –hachís- en cantidad de notoria importancia –3.460 kilos- por lo que “la autorización de su expulsión sería tanto como santificar que este tipo de delitos cometidos por extranjeros quedaran imprejuizados, incentivando su primera acción delictiva, y ello cuando el tráfico ilícito de drogas es una actividad de gravísima y constitutiva criminalidad y cuando, además, la expulsión de aquél puede tener incidencia en las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en una causa, como la que nos ocupa, en la que son varios los imputados”) (AAP Murcia 21/2005, sección 5ª, de 26 de enero).

¹⁹ De forma más concreta, como se precisa en la Memoria de la FGE de 2010, “no se aprecian serias discordancias entre los FDE a la hora de interpretar la excepcionalidad a la autorización de la expulsión en razón del delito imputado siendo la tónica que el informe sea favorable salvo en casos especiales de delitos de prostitución, ciertos delitos contra la salud pública, contra la libertad e indemnidad sexuales, y en los delitos más graves de robos con violencia o en casa habitada. Por lo que atañe a los delitos de violencia de género se valora con gran prudencia cada caso a fin de que supuestos de escasa entidad con reanudación normalizada de la vida conyugal no conduzcan a la desprotección familiar. Sensu contrario, como señala la Ilma. Sra. María del Pilar Arciniega Cano, FDE de Huesca, cuando el delito imputado al extranjero cuya expulsión se solicita sea de violencia de género de especial gravedad o surgiera por sus características una especial peligrosidad en el sujeto, debería valorarse la posibilidad de interesar una medida cautelar de prisión preventiva en los casos en los que la solicitud de autorización de expulsión de la autoridad gubernativa no va acompañada de una petición de ingreso en el CIE, todo ello a fin de evitar riesgos para la víctima”.

En la Memoria de la FGE de 2009 se afirma que “el módulo de aplicación principal lo constituye la naturaleza del delito imputado al extranjero”: “Con carácter general se informa favorablemente a la expulsión, cuando el extranjero haya sido imputado por la comisión de un delito contra el patrimonio de menor cuantía, falsedades documentales, delitos contra la propiedad intelectual, lesiones menos graves o usurpación de estado civil, apuntando en concreto el FDE de Alicante a que la medida de expulsión prevista en el artículo 57.7 LOEX debería aplicarse también a los imputados en delitos de tráfico de drogas en cantidades de poca importancia aun tratándose de sustancias que causan grave daños a la salud dado que estando para ellas prevista una pena de tres a nueve años, la venta de tales sustancias por dosis, difícilmente es penada con más de tres o cuatro años de prisión. Sensu contrario se expone por algunos fiscales delegados como los de Guipúzcoa, Alicante o La Rioja la frecuente denegación en los casos graves de lesiones, robos con armas o en casa habitada o tráficos de droga agravados aun de sustancias no gravemente dañosas, agresiones

Además de lo anterior, otros datos relevantes, puestos de manifiesto por la doctrina, serían los siguientes: A) Cuando con la expulsión se frustre el derecho de las víctimas o perjudicados a la reparación del daño o a la indemnización de los perjuicios, en caso de que la misma fuere posible²⁰. B) El hecho de que la expulsión del extranjero pueda tener incidencia en las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en una causa en la que sean varios los imputados. Es evidente que en estos casos la presencia del extranjero en el juicio puede ser relevante, por ejemplo, cuando su declaración pueda servir para exculpar del delito a alguno de los imputados, o para evitar que los imputados no expulsados intenten evitar su responsabilidad en los hechos imputándoselos al extranjero expulsado

sexuales; apuntándose a la necesidad de analizar caso a caso los supuestos de violencia doméstica y en algunos supuestos la prudencia de oír al perjudicado, como señala el FDE de La Rioja, quien también sugiere la necesidad de valorar otras circunstancias como por ejemplo la habitualidad delictiva, para decidir la continuación del procedimiento sin dejación del *ius puniendi*”.

En la Memoria de la FGE de 2008 se señala que “la regla general debe ser la postura favorable a la concesión de la autorización, en todo caso, cuando se trate de causas por delitos menos graves. Siguiéndose la causa por delito grave, habrán de ponderarse las circunstancias concurrentes en cada caso tales como la especial trascendencia del delito cometido, la pertenencia del reo a una organización ilícita o el empleo de medios especialmente violentos en su perpetración. Asimismo, se ordena prestar particular atención a los intereses de las víctimas, cuando se hubieran producido perjuicios materiales importantes y el imputado parezca solvente, así como a la relevancia que la declaración del extranjero pueda tener para el esclarecimiento de las responsabilidades de otros imputados”.

²⁰ Vid. DEL MORAL GARCÍA, A.; “El extranjero en el orden penal”, cit., pág. 707; DE JUANES PECES, A, “Medidas cautelares en el Derecho de Extranjería”, trabajo publicado en la obra colectiva “El extranjero en el Derecho Penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva LO. 4/2000), Manuales de formación continuada núm. 5, 1999, CGPJ, pág. 57.; F. DE MATEO; “Tratado práctico de los procesos de extranjería”, cit., pág. 2426; PÉREZ PÉREZ, J.; “La expulsión del extranjero en el proceso penal”, en Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1994, pág. 517; RODRÍGUEZ LAÍZ, J.L.; “La posición jurídica del perjudicado frente a la autorización judicial de expulsión del art. 57.7 de la Ley Orgánica de Extranjería”, cit.; CÓRDOBA CASTROVERDE, D.; “Consideraciones sobre la autorización judicial de expulsión...”, en la obra colectiva “Tratado Práctico de los procesos de extranjería”, cit., págs. 407 y 408. Este último autor incluso se plantea el problema de “si el perjudicado por los hechos delictivos que reclame la satisfacción de los daños y perjuicios sufridos podría dirigirse contra el Estado Español, por haberle privado de toda posibilidad de ver satisfecha su pretensión en la vía judicial”.

Vid., también, AAP de Santa Cruz de Tenerife núm. 238/2010, de 6 de mayo [JUR 2010/10402]. Dicho auto revoca la autorización de expulsión concedida por el juez de instrucción, entre otras razones, por la oposición de la acusación particular a dicha autorización “a la que se priva de un pronunciamiento penal, con relación a hechos constitutivos de delito, en el ámbito de la violencia sobre la mujer, que dan lugar a una pretensión penal por encima de los cinco años. Al margen de razones de prevención general que puedan justificar cuando menos la celebración del juicio y la obtención de una respuesta penal, con independencia de que pudiera sustituirse la pena por la expulsión del artículo 89, lo cierto es que la pretensión que se ejerce en el juicio, avocada a la suspensión y archivo de materializarse la expulsión del acusado, dejará también imprejuzgada en este procedimiento la demanda de reparación civil que la acusación pública ha cifrado en 1785 euros por las lesiones sufridas por la víctima”.

(vid. CFGE 2/2006 en la que se recogen tanto los criterios señalados por la CFGE 3/2001 como los incorporados por la doctrina)²¹.

III. PROCEDIMIENTO

1. Legitimación.

La autorización judicial de expulsión ha de ser solicitada por la autoridad gubernativa. Así se desprende de lo señalado en el art. 57.7 LOEx, y expresamente lo dispone el art. 247 RLOEx: “la autoridad gubernativa someterá al juez que... autorice... su expulsión”. Además, como precisa el párrafo segundo del art. 57.7º a) LOEx, “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”.

En cuanto a la posibilidad de que el propio imputado pudiera solicitar la autorización al juez, existen resoluciones judiciales que se manifiestan en contra²². No obstante, el art. 247 RLOEx, por un lado, menciona expresamente la posibilidad de que el propio interesado sea el que acredite en el expediente administrativo de expulsión la existencia de procesos penales en su contra; y, por otro, en esos casos, y siempre que concurren los requisitos antes mencionados, dispone que “la autoridad gubernativa someterá al juez que... autorice... su expulsión”. Dicha expresión (“someterá”) debe interpretarse en el sentido de que la autoridad administrativa estaría obligada a pedir la citada autorización. Por tanto, aunque el imputado no puede solicitar la autorización directamente, sí podría conseguir el mismo resultado en la forma descrita.

²¹ El AAP de Tarragona núm. 253/2012, de 26 de abril [JUR 2012/191169] se refiere expresamente a este criterio cuando alude al hecho de que la expulsión de los imputados “puede tener incidencia en las fuentes de prueba relevantes para el enjuiciamiento en una causa, como la que nos ocupa, en la que son varios los imputados”.

²² Así, por ejemplo, en AAP Cádiz (sección 4ª) de 19 octubre 2001 (JUR 2001/331426) se afirma que estamos ante “una ponderación de intereses, tal y como advirtió la STC 242/94, intereses que no son otros que, el del penado, que como es obvio, prefiere su expulsión o salida que enfrentarse a un proceso penal por penas graves (lo que podría implicar un agravio para los ciudadanos nacionales si se diera razón al recurrente), el del Estado en expulsar (que no corresponde decidir al Juez) y el del Estado de castigar el delito, siendo este último, el único en que media la intervención judicial vía autorización en el expediente administrativo, sin que quepa instarlo al encartado, pues al mismo, no puede en modo alguno, incumbir la iniciativa de semejante decisión”.

2. Competencia.

La competencia para conceder la autorización de expulsión corresponde a los jueces del orden jurisdiccional penal. En concreto, la competencia para conceder dicha autorización corresponderá al juez o tribunal que esté conociendo del asunto según el momento en que se pida, es decir, según estemos en la fase de instrucción o de enjuiciamiento. Por tanto, la competencia puede corresponder tanto a los jueces de instrucción (o centrales de instrucción o de violencia sobre la mujer) como a los juzgados de lo penal (o central de lo penal) o a la Audiencia Provincial (o Audiencia Nacional). No obstante, hay que reconocer que en la práctica casi siempre se solicita la autorización cuando el proceso penal se encuentra en fase de instrucción y, por tanto, normalmente es el juez de instrucción quien ha de resolver dicha solicitud. Además, debemos recordar que la CFGE 2/2006 mantiene el criterio de que el momento preclusivo para solicitar la autorización de la expulsión es el inicio de la celebración de las sesiones del juicio oral.

3. Sustanciación.

Antes de que el juez resuelva sobre si concede o deniega la autorización solicitada, deberá dar audiencia, no sólo al MF (tal y como señala el art. 57.7º LOEx), sino también al interesado y demás partes personadas (art. 247 RLOEx).

El fundamento de la necesaria audiencia al MF es evidente porque, como señala la CFGE 3/2001, “la autorización de expulsión impide el ejercicio de la acción penal que en relación con los delitos públicos tiene atribuido el MF”. Ahora bien, habrá que entender que el preceptivo informe que el MF ha de emitir a estos efectos no vincula al Juez.

También es imprescindible dar audiencia al interesado puesto que, aunque es evidente que en este momento nada tiene que alegar respecto la expulsión acordada, sí puede manifestarse sobre si debe o no concederse la autorización solicitada o sobre si concurren o no circunstancias que justifiquen denegar dicha autorización. Hay que reconocer, no obstante, que en ocasiones la práctica de dicha audiencia origina serios problemas. Así, en la Memoria de la FGE de 2009 se señala como “la audiencia del extranjero, previa a la autorización de la expulsión..., se realiza de la manera que ordena la Circular 2/2006 FGE, coetáneamente con la declaración que se le toma en calidad de imputado. Sin embargo, hay casos en que su práctica resulta problemática. Así, algunos Fiscales Delegados de Extranjería señalan las dificultades que entraña la observancia de esta exigencia en aquellos casos en los que el extranjero se encuentra interno en un CIE o incluso en un Centro Penitenciario, en ocasiones muy distante del órgano que debe decidir...”. Ante dichas dificultades parece ser que no es excepcional que en la práctica no se dé audiencia al imputado en beneficio de obtener una resolución rápida del asunto²³. Por

²³ Eleuterio GONZÁLEZ CAMPOS, FDE de Madrid puntualiza: “Se comprueba en el análisis de los casos estudiados a lo largo del año 2009 que resulta muy difícil satisfacer el requisito de la audiencia previa del reo impuesto en el artículo 142 REX (art. 247 RLOEx de 2011), dada la premura con

otra parte, la Circular 2/2006 propuso entender “cumplimentado el requisito reglamentario dando la oportunidad de que interesado y demás partes puedan formular alegaciones, de manera que si no lo hacen dentro del plazo legal (que debe entenderse común al del Fiscal), podrá continuarse la tramitación del incidente de autorización de la expulsión”.

Dar audiencia a las demás partes personadas nos parece también relevante, debido al interés que pueden tener en este tema. Incluso, en nuestra opinión, aunque no se hubiere personado la víctima o perjudicado por el delito también se les debería dar audiencia porque, como ya hemos visto, uno de los datos a valorar a la hora de conceder o no la autorización judicial es la posible existencia de responsabilidades civiles que, en caso de expulsión del extranjero, podrían no ser atendidas.

También deberá darse audiencia a los demás imputados en la causa, puesto que los mismos pueden tener especial interés en que el extranjero inculcado comparezca en el juicio (por ejemplo, en caso de que su declaración pueda beneficiarles).

En cualquier caso, conviene de nuevo recordar que la intervención del interesado y de las partes personadas en este momento deberá centrarse en poner de manifiesto aquellas circunstancias que aconsejen conceder o denegar la autorización judicial, teniendo siempre presente que de lo que aquí se trata no es de discutir la procedencia de la expulsión acordada en el expediente administrativo (cuestión a resolver ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa), sino decidir si debe prevalecer o no el interés del Estado en actuar el *ius puniendi* sobre el interés, también estatal, de ejecutar la expulsión gubernativa acordada²⁴.

la que se debe completar el incidente procedimental en el que se ha de dirimir la solicitud de autorización (tres días comunes a todos los procedimientos judiciales pendientes respecto del mismo extranjero, conforme al artículo 57.7.a) LOEx), tanto si el imputado está en libertad, en cuyo caso habría de cursarse y cumplimentarse con éxito por la oficina judicial la correspondiente citación en dicho plazo, como si el imputado se halla en prisión provisional, caso en el que el exhorto al Juzgado de la demarcación del Centro Penitenciario habría de cumplimentarse en el mismo término. Quien esto suscribe no encuentra solución satisfactoria a este problema, que ha generado una práctica de omisión del trámite en aras al favorecimiento de una respuesta judicial inmediata de dudosa admisibilidad” (vid. Memoria FGE 2010).

²⁴ “En el recurso de reforma y subsidiaria apelación interpuesto por la representación de D... se alega que una eventual expulsión del mismo le impediría ejercer su derecho de defensa, y que si bien en el supuesto de que fuera condenado en el procedimiento la pena impuesta podría serle sustituida por la expulsión ello no justifica el que se autorice anticipadamente la expulsión ya que también podría resultar absuelto. Finalmente se mantiene que D. E. tiene familia en España y arraigo social y familiar así como domicilio conocido...

Respecto a las anteriores alegaciones, y comenzando por las alusiones relativas al arraigo social y familiar del recurrente hay que recordar que en los supuestos en los que se solicita la autorización para la expulsión al Juez de Instrucción que instruye un procedimiento, en aplicación de lo dispuesto en el citado art. 57.7 de la L.O. 4/2000, el control de la medida de expulsión acordada por la autoridad administrativa le corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, debiendo el Juez de Instrucción comprobar simplemente si existe resolución administrativa de expulsión, y si

El juez ha de resolver “en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días” (art. 57.7º LOEx y 247 RLOEx). Se trata, evidentemente, de un plazo de muy difícil observancia en la práctica, teniendo en cuenta la necesidad de dar audiencia a las personas antes mencionadas.

4. Resolución.

Del tenor literal de precepto (“el Juez, previa audiencia del Ministerio Fiscal, la autorizará salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias que justifiquen su denegación”) parece desprenderse que para conceder la autorización no se exige que se haga de forma motivada, mientras que para denegarla sí. Sin embargo, parece obvio que la trascendencia de la resolución que se adopta exige necesariamente la forma de auto motivado en todo caso.

En nuestra opinión, dicho auto ha de ser notificado a todas las partes intervinientes en el proceso²⁵, incluso a la víctima o perjudicado aunque no se haya mostrado parte en la causa, puesto que, como sabemos, este es el deseo que el legislador ha manifestado en las últimas reformas (vid., Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito).

5. Recursos.

En cuanto a los recursos que caben contra el citado auto, habrá que aplicar las reglas generales, es decir, dado que normalmente nos encontraremos con un proceso abreviado, si el auto lo dicta un Juez de Instrucción (o el Juez de lo Penal), cabrá recurso de reforma y

ésta cumple las exigencias legales, así como si, corresponde conceder la autorización dada la entidad y naturaleza del procedimiento que está instruyendo.

Así lo entiende el T.C. en sentencias como la STC 24/2000, de 31 de enero...

En consecuencia con lo anterior, las alegaciones realizadas por la representación del imputado en cuanto al arraigo en nuestro país, sus circunstancias personales, o la proporcionalidad de la expulsión son alegaciones propias del recurso en la jurisdicción contencioso-administrativa, que, tal como consta en el testimonio remitido a este Tribunal efectivamente se realizaron por dicha parte, y que deberán ser resueltos, en su caso en el referido orden jurisdiccional, no procediendo por lo tanto la estimación del recurso por ninguna de ellas.

En lo relativo a que la expulsión vulneraría el derecho a la defensa del imputado en un juicio ya queda explicado tanto en el auto resolviendo el recurso de reforma como en el Informe del Ministerio Fiscal que no es en modo alguno así puesto que al autorizarse la expulsión no se lleva a cabo la celebración de juicio alguno en ausencia del imputado sino que el procedimiento queda archivado, por lo que no existe vulneración alguna del derecho de defensa, desestimándose en consecuencia el recurso interpuesto” (AAP de Madrid núm.898/2012, de 29 de octubre [JUR 2012/382467]).

Vid., en la misma línea, AAP de Madrid, núm. 65/2013, de 28 de enero [JUR 2013/73453]; AAP de Murcia núm. 526/2011, de 28 de septiembre [JUR 2011/364943]...

²⁵ En alguna resolución nuestros Tribunales han justificado la posibilidad de que dicho auto no fuera notificado al extranjero imputado (vid., por ejemplo, AAP de Toledo núm. 60/1999, de 17 de junio [ARP 1999/3992]). Evidentemente, no podemos compartir dicho criterio que supondría impedir que dicha persona pudiera recurrir el mencionado auto.

apelación (art. 766.1º, 2º, 3º y 4º LECrim). Si el auto lo dictara un órgano colegiado, el recurso procedente será el de súplica (art. 236 LECrim). Por lo demás, como la ley no dispone expresamente otra cosa, tales recursos no tendrán efectos suspensivos. No obstante, lo razonable sería que la expulsión no fuera ejecutada por la autoridad gubernativa hasta que el auto en el que se autorice la misma fuera firme.

Legitimados para interponer dichos recursos lo estarían el Ministerio Fiscal y las partes personadas, sin que pueda reconocérsele legitimación a estos efectos a la autoridad gubernativa que solicitó la autorización²⁶.

Si el que recurre es el extranjero cuya expulsión ha sido autorizada por el Juez, “al recurrente le corresponde el derecho a controlar la legalidad de la decisión judicial, pero carece de legitimación para cuestionar la decisión de fondo adoptada”²⁷, tal y como ya hemos señalado reiteradamente.

IV. EFECTOS QUE PRODUCE LA CONCESIÓN O DENEGACIÓN DE LA AUTORIZACIÓN DE EXPULSIÓN EN EL PROCESO PENAL.

Como señala la STC 24/2000, de 31 de enero, el efecto procesal inmediato que produce la autorización de expulsión es la paralización del procedimiento penal en fase de diligencias previas, si el proceso se encontraba en dicha fase. En concreto, como precisa la CFGE 3/2001, “cuando el juez autoriza la expulsión del extranjero imputado, una vez ejecutada la misma debe proceder, al archivo provisional de la causa penal, notificando dicha decisión a las partes y a los perjudicados por el delito”.

En consecuencia, por tanto, lo procedente sería acordar el sobreseimiento provisional de la causa a partir del momento en que se produzca la salida efectiva del extranjero de

²⁶ Del MORAL GARCÍA, A.; “El extranjero en el orden penal”, cit., pág. 709.

²⁷ “Al recurrente le corresponde el derecho a controlar la legalidad de la decisión judicial, pero carece de legitimación para cuestionar la decisión de fondo adoptada, pues no ostenta un derecho a que la acción penal se ejercite en su contra, con preferencia a las finalidades a que se orienta la expulsión administrativa, ni es de mejor condición que el extranjero en situación de expulsión que no está imputado judicialmente, por lo que sus alegaciones no pueden por ello tener ninguna relevancia. Es el derecho del estado a la persecución del delito, y no un presunto derecho del imputado, lo que está en juego en la resolución recurrida, y por ello son los órganos encargados de la persecución penal que encarnan el *iuris puniendi* del estado (instructor de las diligencias y el Ministerio Fiscal) los que deben de ponderar si procede autorizar una expulsión que conllevará, de ejecutarse, el sobreseimiento de las actuaciones penales. A la vista de la naturaleza y penalidad del delito imputado (atentado y desobediencia a la autoridad judicial), la decisión de la instructora es legalmente inobjetable, y además se corresponde con un criterio racional de oportunidad dada la entidad de los hechos. Por ello procede la íntegra desestimación del recurso” (AAP de Madrid núm. 855/2012, de 10 de diciembre [JUR 2013/21393]).

nuestro país²⁸, siempre que el extranjero sea el único imputado en la causa. Ahora bien, “si por cualquier motivo la expulsión no se materializa -v. gr. porque la jurisdicción contencioso administrativa ha decidido suspender cautelarmente el acuerdo gubernativo de expulsión- se instará el alzamiento de la suspensión del proceso penal y la continuación del mismo” (CFGE 3/2001).

El sobreseimiento provisional que se produce en estos casos provocará la suspensión del proceso y el archivo provisional de las actuaciones, existiendo la posibilidad de que el proceso se pueda reabrir siempre que el delito no haya prescrito. Dicha reapertura se podrá producir si el extranjero, que tiene prohibida su entrada, regresa a territorio español. No obstante, compartimos el criterio de la CFGE 2/2006 de que “en el caso de que el expulsado regresara a territorio nacional antes de transcurrida la prohibición de entrada habrá de procederse no a la reapertura del proceso penal sino a la devolución por la autoridad administrativa” y “solo en el caso de que ésta no se llevara a efecto podría alzarse el archivo provisional acordado en la causa penal”²⁹.

También se plantea la duda de si es posible la reapertura del proceso en caso de que el extranjero regrese a territorio español una vez transcurrido el período de prohibición, cuando el delito todavía no haya prescrito. La opinión de la doctrina al respecto no es pacífica³⁰. No obstante, nosotros defendemos el criterio de que, aunque en teoría dicha reapertura sería posible, dicha solución no sería justa. Sería tratar al extranjero, que puede

²⁸ Dispone el art. 256.2º II RLOEx que “cuando la expulsión hubiera sido autorizada judicialmente, las Oficinas de Extranjería y los servicios policiales comunicarán de modo inmediato la salida en el plazo de cumplimiento voluntario, la práctica de la expulsión o las razones que en su caso imposibilitan su realización a la autoridad judicial que la hubiese autorizado y al Ministerio Fiscal”.

²⁹ Vid., también en el mismo sentido, RODRÍGUEZ LAÍZ, J.L.; “La posición jurídica del perjudicado frente a la autorización judicial de expulsión del art. 57.7 de la Ley Orgánica de Extranjería”, cit.

³⁰ En opinión de PALOMO DEL ARCO, “si el extranjero imputado vuelve, tras haber transcurrido el período de prohibición de entrada establecido en el acuerdo de expulsión, aunque el delito no hubiera prescrito, resulta asimismo cumplida una de las condiciones que permitirían el archivo definitivo y tampoco sería posible su reanudación” (PALOMO DEL ARCO, A.; “La expulsión de extranjeros en el proceso penal”, cit., pág. 168).

Por el contrario, CÓRDOBA CASTROVERDE entiende que “si el extranjero -tras cumplir los plazos de prohibición de entrada establecidos en la orden de expulsión- regresase al territorio nacional antes de que transcurriese el plazo de prescripción penalmente fijado para ese delito, se podría y debería reiniciar el procedimiento penal contra él que estuvo paralizado” (Dicho autor llega a la citada conclusión partiendo de la base de que han sido razones de política criminal o de satisfacción de intereses generales las que permiten anteponer la expulsión administrativa, pero que como tal expulsión no es una sanción que sustituye al proceso penal, quedaría “intacta la posibilidad de perseguir penalmente los hechos en un futuro” (CÓRDOBA CASTROVERDE, D.; “Consideraciones sobre la autorización judicial de expulsión como...”, cit., pág. 409).

Por su parte, DEL RÍO FERNÁNDEZ afirma que en caso de autorización de la expulsión se producirá el “sobreseimiento provisional de la causa, hasta la prescripción del delito o hasta que se reabra el procedimiento por la nueva entrada del extranjero en territorio español” (DEL RÍO FERNÁNDEZ, L.; “Garantías en la detención y expulsión de extranjeros”, cit., pág. 1885). «

haber sido expulsado en contra de su voluntad, como si fuera un delincuente que se ha sustraído de la acción de la justicia y que, posteriormente, ha sido aprehendido. Además, podrían resultar afectados derechos fundamentales del extranjero como son el derecho de defensa, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, etc.

Por último, también puede suceder que el órgano jurisdiccional deniegue la autorización de expulsión solicitada. En este caso, el procedimiento penal continuará su tramitación sin mayores especialidades.

EL JUEZ DE INSTRUCCIÓN Y LA AUTORIZACIÓN DE INTERNAMIENTO EN CIE. MENCIÓN A LA AUTORIZACIÓN DE EXPULSIÓN PREVISTA EN EL ART. 57.7 LOEx

María Victoria Rosell Aguilar

Magistrada Jueza titular del Juzgado de Instrucción nº 8 de Las Palmas de Gran Canaria (con funciones de control del CIE de Las Palmas)

RESUMEN DE LA PONENCIA: El presente trabajo aborda las cuestiones más relevantes de la función judicial de autorizar el internamiento y también aspectos relativos a la función de control de los CIE, a través de las siguientes preguntas: a través de las siguientes preguntas: ¿quién?, ¿cuándo?, ¿a quién?, ¿por qué?, ¿cómo? y ¿dónde?.

SUMARIO: I. AUTORIZACIÓN DEL INTERNAMIENTO. 1. Fuentes normativas. 2. Quién y cuándo autoriza el internamiento en CIE. 3. Cómo: solicitud, procedimiento y resolución. 4. Por qué: motivos que justifican el internamiento en CIE. 5. A quién puede internarse en los CIE y a quién no. A) Menores de edad. B) Otros casos. 6. Dónde. II. UNA MENCIÓN A LA AUTORIZACIÓN DE EXPULSIÓN DEL ART.57.7. LOEx

I. AUTORIZACIÓN DEL INTERNAMIENTO

Nos encontramos en principio ante una función extraña a la labor de instrucción penal, consistente en autorizar una medida cautelar para la ejecución de una decisión administrativa. No se trata de supuestos, procedimientos ni resoluciones previstas en las leyes penales, ni sustantivas (Código Penal) ni procesales (Ley de Enjuiciamiento Criminal) que son nuestros instrumentos habituales de trabajo.

Ante esta situación nos preguntamos cuál es la normativa aplicable, y el modo de desarrollar esta función, con las clásicas preguntas de QUIÉN Y CUÁNDO, CÓMO, POR QUÉ, A QUIÉN, DÓNDE, referidas a la autorización de internamiento de personas extranjeras: quién puede autorizar el internamiento, cuándo, cómo, por qué motivos, a quién se puede internar en los CIE (y a quién no), y dónde se realiza el internamiento.

Aunque respecto de los lugares, hay otra mesa dedicada precisamente a las condiciones de los CIE.

1. Fuentes normativas

Las fundamentales fuentes normativas y de interpretación que se van a citar son:

-Constitución Española (CE). Artículo 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 leyes”. Art. 10 CE y tratados internacionales (incorporando como criterio interpretativo la jurisprudencia de los órganos creados por estos tratados, particularmente la del TEDH) Jurisprudencia del TC, en particular la STC 115/87 sobre LO 7/1985 y la STC 17/2013, de 31 de enero que declaró inconstitucionales algunas disposiciones de la LO 4/2000.

- Directiva 2008/115 (Directiva de Retorno) y STJUE de 23.4.2015 sobre la sanción de multa como alternativa a la expulsión.

- Ley de Extranjería (LOEx): LO 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social

- Reglamento de Extranjería (REx): 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 258 del Reglamento de 2011 fue derogado por el Reglamento de los CIEs de 14.3.2014).

- El Reglamento CIEs: Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo; regula su funcionamiento y régimen interior, no afecta a la decisión de internamiento sino a las condiciones del mismo. Deroga la Orden del Ministerio de Presidencia de 22 de febrero de 1999, que hasta entonces regulaba los centros de internamiento de extranjeros. Aunque corresponde a otra ponencia, como jueces que autorizamos los internamientos debemos tener claro que en la actualidad lo previsto en ese Reglamento sobre asistencia médica, social, cultural y jurídica no se cumple, al igual que determinadas resoluciones de los juzgados de control de estancia dictadas durante la vigencia de la OM de 1999.

La STS sala 3ª Pleno de 10 de febrero de 2015 anuló algunos artículos del Reglamento CIEs y declaró válidos otros impugnados.

A efectos interpretativos, las Circulares Fiscalía General del Estado: 2/2006 y 5/2011 y la Circular 6/2014 de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras sobre los criterios para solicitar el ingreso en CIEs, pueden ser de utilidad.

Otra legislación a tener en cuenta será la reguladora del derecho de asilo: Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria. Su Reglamento: Real Decreto 203/1995, de 10 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de aplicación de la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del derecho de asilo y de la

condición de refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo. Y la Orden de 13 de enero de 1989 sobre centros de acogida a refugiados del Ministerio de Asuntos Sociales (BOE núm. 28, de 2 de febrero de 1989), que regula estos centros que no deben ser los CIEs, donde no debería haber personas que hayan presentado solicitud de asilo o de reconocimiento de la condición de refugiado en España y cuyo expediente administrativo admitido a trámite no haya sido resuelto.

Pues bien, la LO 4/2000 de 11 de enero (LOEx) dice sobre el internamiento en CIEs:

Artículo 61.1 sobre medidas cautelares: letra **e)**: “internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento”.

Artículo 62 LOEx 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.

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. Asimismo, en caso de enfermedad grave del extranjero, el juez valorará el riesgo del internamiento para la salud pública o la salud del propio extranjero.

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.

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.

4. No podrá acordarse el ingreso de **menores** en los centros de internamiento, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 62 bis 1. i) de esta Ley. Los menores extranjeros no acompañados que se encuentren en España serán puestos a disposición de las entidades

públicas de protección de menores conforme establece la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y de acuerdo con las normas previstas en el artículo 35 de esta Ley.

5. La incoación del expediente, las medidas cautelares de detención e internamiento y la resolución final del expediente de expulsión del extranjero serán **comunicadas** al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado de su país.

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.

Artículo 62 redactado por el apartado sesenta y cinco del artículo único de la L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social («B.O.E.» 12 diciembre). Vigencia: 13 diciembre 2009.

No vamos a analizar el supuesto del artículo 89 del Código Penal, en su redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que contempla el ingreso en un centro de internamiento de extranjeros como medida judicial tendente a asegurar, en determinados casos, la salida del territorio español de aquellos extranjeros a los que los jueces y tribunales hubieran sustituido penas de prisión, o parte de las mismas, por la medida de expulsión. La medida acordada por la jurisdicción penal no es el objeto de este curso de formación, y se trata de un medio distinto de acceso al CIE, a su vez modificado por la LO 1/2015, la nueva reforma del Código Penal que entre otras muchas novedades prevé la aplicación de la sustitución por expulsión al “ciudadano extranjero”, no “al extranjero no residente legalmente en España”.

2. Quién y cuándo autoriza el internamiento en CIE.

Según el art. 62.1: el Juez de Instrucción competente. Que es el/la JUEZ DE GUARDIA del lugar de detención, ante quien debe ser puesta a disposición la persona detenida en un plazo máximo de 72 horas, que es el límite de la detención gubernativa.

La STC 115/1987, de 7 de julio de 1987 (Pleno) sobre la LO 7/85 de derechos y libertades de los extranjeros en España, (Ponente: Don Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer) ante el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Defensor del Pueblo, declaró inconstitucionales determinados artículos que restringían derechos de las personas extranjeras. Respecto del internamiento preventivo previo a su expulsión, básicamente

declaró aplicable a las personas extranjeras el derecho a la libertad del artículo 17 de la Constitución, por ser un derecho inherente a la persona, de aquellos que según la STC 107/1984, de 23 de noviembre, corresponden por igual a españoles y extranjeros. Y declaró constitucional la privación de libertad, entonces con una duración máxima de 40 días, frente a la alegación de contradecir los artículos 17, 24 y 25.3 de la CE, porque la decisión no es administrativa sino judicial. Cabe una interpretación constitucional porque la autorización corresponde siempre al poder judicial, al juez que decidirá atendiendo a circunstancias concretas de cada caso y previa audiencia de la persona extranjera, mediante resolución motivada y respetando los derechos que corresponden a toda persona privada de libertad. El internamiento debe realizarse además en centros específicos, (locales decía la ley de 1985) que no sean cárceles ni comisarías, porque no trae causa de delito y la privación temporal de libertad sólo va dirigida a asegurar la ejecución de la resolución administrativa de expulsión del país.

Por tanto:

El/la Juez de guardia puede autorizar internamiento: privación de libertad inicial con garantías. Y puede terminar con el internamiento, tanto la autoridad judicial como la gubernativa. (Art. 62.3)

Dudas que pueden plantearse sobre competencia e intervención judicial:

Si pueden terminar con el internamiento y dejar en libertad el Juzgado de Instrucción del lugar de internamiento, por cambio de circunstancias: No está previsto. Se ha planteado la virtualidad del procedimiento de habeas corpus; pero al estar amparado por resolución judicial se considera que no procede, sino su valoración por el/la juez que autorizó el internamiento. Salvo que se denuncien circunstancias sobrevenidas relativas a las condiciones de la detención, ante el Juzgado de Instrucción de guardia del lugar internamiento.

Sí cabe interesar el “habeas corpus” en los casos de detención policial por causa de extranjería, previa o posterior a la resolución administrativa de expulsión: conforme a STC 21/96, 66/96, 174/99, 179/2000 como es sabido debe resolverse, no en trámite de admisión, sino realizando la comparecencia y audiencia sobre la detención preventiva (no sobre la expulsión).

¿Y el/la Juez de control? No está previsto que puedan decretar la libertad ni terminar con el internamiento. Sin embargo en la práctica se han dado supuestos límite en los cuales se ha incidido materialmente en esa privación de libertad: ordenando la puesta a disposición de "presuntos" menores de edad ante la Fiscalía de Menores, o directamente su ingreso en un CAME (centro de atención a menores extranjeros) o centro de menores; u ordenando el traslado de personas con necesidades especiales a otro tipo de centros. En mi caso ordené como Juzgado de control de estancia en una ocasión el traslado de una mujer de Mali embarazada y seropositiva (VIH+) a un centro hospitalario para recibir tratamiento

con retrovirales y tras éste, en un centro adecuado, comunicándolo a la juez que autorizó el internamiento. La brigada de extranjería finalmente la trasladó a un centro gestionado por el CEAR. A efectos del expediente, la decisión libertad fue de la autoridad gubernativa. Me constan casos de menores cuyo traslado se ordenó por un Juzgado de control de Madrid, sin pronunciarse tampoco sobre la libertad.

El esquema competencial resulta complejo, máxime para las propias personas extranjeras internadas en el CIE, pudiendo concurrir actuaciones de varios órganos jurisdiccionales: el Juzgado de Instrucción de Guardia que autoriza el internamiento cautelar para ejecutar la medida gubernamental de expulsión o devolución en el plazo máximo de 60 días, que es el único que puede también dejar sin efecto el internamiento según el art 62.6. (Pese a que a menudo se encuentra lejos de una persona con dificultades de comunicación y defensa, y pese a que se aprecien vulneraciones de derechos, que se comunican al mismo, pero en ocasiones cuando ya se ha ejecutado la expulsión). El Juzgado de control de estancia, con esas funciones poco definidas en el art. 62.6 y sin normativa procedimental de apoyo. El juzgado de lo contencioso administrativo competente para controlar, a instancia de parte y con asistencia letrada obligatoria, la legalidad de la orden gubernativa de expulsión o devolución, que puede acordar la suspensión cautelar de la misma, con la consiguiente puesta en libertad que se realiza por la propia autoridad gubernativa. El Juzgado de Guardia puede sustituir a éste en días y horas inhábiles si la situación es de urgencia y el perjuicio irreparable (lo suele ser la expulsión fuera del país) conforme al art. 135 de la LRJCA y al Reglamento del Servicio de Guardia. Puede intervenir también el Juzgado de Instrucción que esté conociendo de un presunto delito, en la mayoría de los casos relativo a la inmigración ilegal, respecto de testigos o personas imputadas en libertad provisional que pueden hallarse internas en el CIE. También (desde la perspectiva de la persona internada, aunque nosotros lo distingamos con claridad) el Juzgado de lo Penal o Tribunal que haya acordado la sustitución de la pena por expulsión. Y, en menos casos, puede existir demanda civil relativa a la minoría de edad de una persona internada indocumentada que será determinante de si se puede acordar su expulsión o no.

En todo caso siempre puede concurrir ante una resolución administrativa de expulsión la competencia de los tres primeros, (guardia, control y contencioso) y sin embargo el órgano ante quien se presentan las quejas sin necesidad de asistencia letrada y a menudo se presentan documentos originales sobre su situación, no puede acordar la libertad o el cese del internamiento. (Juzgados de control).

Hay cierto debate sobre si hubiera sido mejor la jurisdicción contencioso administrativa, para valorar el fondo del asunto, entrando en el análisis de la propia resolución de expulsión, y sin esa cierta criminalización de la persona extranjera que no ha cometido delito. Personalmente estoy a favor de esa propuesta, que me parece viable con un turno de guardia de los juzgados de lo contencioso que no ha de ser mucho más gravoso que la que conocemos como "guardia de internamientos" en la jurisdicción civil.

3. Cómo: solicitud, procedimiento y resolución.

Se pide por solicitud MOTIVADA del instructor del expediente administrativo: REX ART. 235.5 , RCIE art. 23, acompañando la documentación que forma parte del expediente, constando certificado de todos los períodos de internamiento anteriores , y las resoluciones judiciales (23.3. RCIE)

No se prevé un procedimiento determinado: en la práctica se incoan por los Juzgados de guardia Diligencias Previas, Diligencias Indeterminadas o Expedientes específicos de “internamiento en CIE” donde el programa informático y de registro lo permiten. En mi opinión esta es la solución más aconsejable, si es posible. Sabemos que el cauce de diligencias previas es el “cajón de sastre” para los Juzgados de Instrucción, pero realmente no se trata de un supuesto asimilable a lo que regula el art. 757 de la LECrim. No se trata de ninguna investigación criminal y debe evitarse registrar en el sistema a la persona como detenida en un procedimiento que está previsto para presuntos delitos.

En caso de ser parte o testigo en una causa criminal, pues es común, sobre todo en los partidos judiciales con guardias semanales (la inmensa mayoría) que coincidan las causas en el mismo Juzgado de Instrucción, o se presenten incluso juntos los atestados por delito y los oficios interesando el internamiento, lo procedente es tramitar la autorización por separado, de forma independiente de la causa penal.

Respecto de las partes, el art. 62.1 únicamente menciona la “audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal”. Pese a que no menciona la asistencia letrada, parece evidente que como la persona interesada se encuentra privada de libertad, debe garantizarse su derecho de defensa y la asistencia letrada. Al existir detención, la intervención letrada es preceptiva desde el primer momento, art. 17.3 de la CE., en todos los casos.

Y el Ministerio Fiscal debe intervenir en su papel de garante de la legalidad y de los derechos. Según la Memoria de 2014 de la FGE (sobre los datos de 2013), los fiscales emitieron 10.063 informes sobre internamiento, de los cuales 6988 (69,2%) fueron favorables y 3.075 (30,8%) desfavorables, porcentaje que se incrementó respecto del año anterior: en 2012 fue del 25,11%.

En la práctica, algunos colegios de abogados ya no tienen un turno específico de asistencia en materia de extranjería, sino que estas personas son asistidas por el turno de oficio de detenidos, lo cual en mi opinión perjudica el derecho de defensa, porque son supuestos que no tienen nada en común, y la declaración y aportación de datos y pruebas ante el juzgado de guardia puede tener mucha trascendencia. En estos casos el eventual proceso contencioso posterior se llevará a cabo con letrado/a que puede ser diferente del profesional que interviene en el expediente administrativo y lo será del que intervino en la vista sobre el internamiento.

Se resuelve mediante AUTO MOTIVADO en el que se valorarán según el art. 62.1 de la LOEx las circunstancias concurrentes y fijará la duración máxima.

Respecto de la duración, el artículo 62.2 dice que “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”

Las referencias al tiempo imprescindible y al máximo de 60 días se interpretan de manera similar a los términos del art. 17 CE para las 72 horas de detención, con un límite intrínseco, el tiempo mínimo imprescindible, ya que se limita un derecho fundamental, y un límite máximo, el temporal. Pero en este caso no se trata de 72 horas sino de dos meses.

Los Reglamentos, tanto el REX como el RCIE prevén la posible fijación de un máximo inferior pero ¿cuál?: la resolución judicial evidentemente puede hacer referencia al tiempo imprescindible y fijar otro máximo por debajo de los 60 días por los motivos que considere en el caso concreto.

En mi opinión, es esencial contar a los efectos de individualizar la duración de la medida con los datos de la eficacia de las expulsiones. Al menos disponer de ellos. El expediente administrativo no suele contener este dato de admisión de expulsiones o devoluciones por el país del que sea nacional la persona extranjera, ni tampoco de si las autoridades del país documentan a las personas extranjeras a estos efectos. Pero lamentablemente hay mucha privación de libertad ineficaz, al estar pre ordenada a una expulsión que no se va a poder ejecutar. Y en ocasiones hay datos que podrían ilustrar a la autoridad judicial que ha de tomar la decisión con el mayor número de motivos objetivos disponibles, pero que no se facilitan al Juzgado de Instrucción.

El gobierno tiene los datos de la eficacia de las personas internas en CIE y las expulsadas, y son los que contienen los informes del Defensor del Pueblo que emite anualmente sobre todos los centros de privación de libertad, como mecanismo nacional de prevención de la tortura. Están disponibles en internet. Los dos últimos son http://www.defensordelpueblo.es/es/Mnp/InformesAnuales/InformeAnual_MNP_2013.pdf

https://www.defensordelpueblo.es/wp-content/uploads/2015/06/MNP_2014.pdf

Los datos se encuentran además desagregados por nacionalidades y en cada CIE, lo que permitiría sin duda a la autoridad gubernativa dependiente del Ministerio del Interior informar de ello en la solicitud de internamiento, y a su vez al juez le posibilitaría realizar un juicio de prosperabilidad acorde con la medida cautelar que se solicita. Teniendo en cuenta que no son los datos de las expulsiones totales, al no incluir las devoluciones y expulsiones sin internamiento en CIE, en el plazo de 72 horas desde las comisarías.

El informe del Defensor del Pueblo con los datos de la DGP (Comisaría General de Extranjería y Fronteras) de una forma muy detallada cifró en 2012 en 11.325 las personas extranjeras internadas en CIE – evidentemente son muchas más las detenidas por causa de extranjería- de las cuales fueron efectivamente expulsadas 5.924. Un 52,3%. Es decir, que un 47,7 % de las personas privadas de libertad para garantizar su expulsión, hasta 60 días, no llegan a ser expulsadas.

En 2013 el porcentaje fue similar: 52,5% de expulsiones, por tanto un 47,5% de personas que sufrieron privación de libertad en el CIE y no fueron expulsadas.

En 2014, último informe publicado en fechas recientes, el número de detenciones con ingreso en calabozos, de ciudadanos extranjeros 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, que ascendieron a 49.406.

Del total de los 42.245 ciudadanos extranjeros detenidos, 7.340 fueron internados en los distintos CIE . De ese total de 7.340 extranjeros internados, han sido expulsados 3.483, Ello supone que un 47,45% de los extranjeros internados durante el año 2014 no han sido expulsados, cifra igual a la del año 2013.

En mi opinión, el dato es relevante para la adopción de una medida cautelar privativa de libertad como la solicitada, que solo tiene como fin legítimo asegurar la repatriación efectiva. Se puede interesar a la brigada de extranjería que se adjunte al oficio en que se solicita el internamiento al Juzgado de Instrucción de Guardia para su valoración, que se informe sobre la eficacia de la expulsión al país de que se trate. Así como de otros datos que se detallan en el apartado siguiente, al abordar los criterios que pueden motivar el internamiento.

4. Por qué: motivos que justifican el internamiento en CIE.

El/la Juez de instrucción debe valorar si la privación de libertad es proporcional a su finalidad de garantizar la efectividad de la resolución gubernativa de expulsión con arreglo a unos criterios, que en general son los propios de las medidas cautelares.

El art. 62.1 de la LOEx menciona expresamente 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 condenas o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes.

Del contenido de la STC 115/87 se derivan los parámetros del canon constitucional de motivación de la medida privativa de libertad de hasta 60 días: la naturaleza de la intervención judicial debe ser de tutela judicial material del derecho a la libertad, art. 17.4

CE, no un mero un control formal, como sin embargo veremos que entienden muchos órganos de instrucción y Audiencias.

El/la juez de guardia ha de valorar si la privación de libertad es idónea, imprescindible y proporcional, como en todo juicio de injerencia en derechos fundamentales, siempre partiendo de la excepcionalidad de la medida ya que limita el derecho fundamental a la libertad.

El TC aclaró que el órgano judicial ha de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurran en el caso, "en el bien entendido no las relativas a la decisión de expulsión en sí misma (sobre la que el juez no ha de pronunciarse en este procedimiento) sino las concerniente, entre otros aspectos, 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.

Concluye que interpretado en estos términos, el precepto impugnado (entonces el 26.2 de la LOEx) resulta plenamente respetuoso con los art. 17.2, el 24.2 y el 25.3 de la CE.

En principio se aborda como toda medida cautelar, con los presupuestos tradicionales del "fumus boni iuris" y el "periculum in mora"; apariencia de buen derecho y riesgo de ineficacia en caso de no adoptar la medida.

Apariencia de buen derecho:

Se plantea la duda de hasta dónde puede/debe controlar este presupuesto el Juzgado de Instrucción.

Hay cuestiones que pueden determinar la improcedencia de la medida, que algunos autores defienden que debe valorar el Juzgado para autorizar o no el internamiento:

- La adecuación procedimiento administrativo, (por ej. notificación, firmeza) y su posible prescripción.

- La adecuación de la sanción de expulsión, y no multa.

- Las excepciones a la expulsión conforme a la LOEx: 57.5 , 59, 59 bis...

- Otras excepciones a la expulsión: Ley 12/2009 de 30-10 para solicitantes de protección internacional. Arts. 18 y 19: suspensión del proceso de devolución o expulsión (también en art. 57.6° - no devolución- y 64.5 LOEx- expulsión-) . Puede defenderse que permite autorizar el internamiento pero condicionado a la inadmisión firme de la solicitud de protección. Aunque la previsión es que en reexamen y recurso de reposición se realicen estando la persona solicitante de protección internacional en las "dependencias habilitadas a tal efecto" del art. 22 de la L12/2009 , que son otras dependencias, no los CIEs sino los centros de acogida a refugiados regulados en la Orden de 13 de enero de 1989 del Ministerio de Asuntos Sociales (BOE de 2 de febrero de 1989)

En general, como ya se ha apuntado, se defiende que cuestionar la propia resolución de expulsión compete al Juzgado de lo contencioso administrativo, no al Juzgado de Instrucción en funciones de guardia del lugar de detención. Aunque hay casos como ya hemos visto de difícil deslinde, se trata siempre de valorar la legalidad y adecuación del internamiento, no de la orden de expulsión.

Por la misma razón (y los plazos) hay que admitir la ineficacia del recurso de reforma y apelación ante Audiencia Provincial contra el auto de internamiento. Cuando las alegaciones del recurso versan, como es habitual, sobre las circunstancias de arraigo y otras determinantes de la resolución de expulsión: lo idóneo es acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, que puede acordar la suspensión cautelar, y dictará sentencia definitiva sobre la legalidad de la sanción.

Riesgo de inejecución:

Valoración de garantías (arraigo) contra el riesgo de fuga. Frente a los casos de devolución, los supuestos de expulsión exigen mayor esfuerzo de motivación.

El art. 62.1 alude al principio de proporcionalidad, tomar en consideración las circunstancias concurrentes, 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.

Respecto de esta última referencia, desde la perspectiva del derecho a la presunción de inocencia es cuestionable la referencia a procesos penales o administrativos "pendientes" como circunstancia autónoma del riesgo de fuga o ilocalización.

La STC 169/2008 de 15.12 recordaba el canon constitucional de motivación para una medida privativa de libertad en términos similares.

Las resoluciones de las Audiencias Provinciales destacan los criterios de excepcionalidad y proporcionalidad: debe ser imprescindible la privación de libertad para asegurar la ejecución de la decisión administrativa. (AAP Las Palmas 138/2004 de 12.3; AAP Barcelona 811/2010 DE 8.11, que revoca el internamiento).

La Circular 6/2014 de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras sobre los criterios para solicitar el ingreso en CIE es evidentemente de aplicación policial, y ha tenido muy escasa difusión entre los distintos “operadores jurídicos” que participan en este proceso, pero ofrece una serie de criterios bastante elaborados que a mi entender pueden servir para interesar por parte de los Juzgados de Instrucción que se complete la información, a menudo demasiado limitada, que se adjunta en las peticiones de internamiento.

Por su interés, ya que su aplicación constituiría un filtro mucho más eficaz que el mantenido hasta la fecha, se incluyen las “circunstancias a valorar para formar elementos de juicio sobre la petición de internamiento preventivo previsto en la letra e) del art. 61.1 de la LO4/2000” en dicha Circular:

Primera.- Circunstancias a valorar para formar elementos de juicio sobre la petición de internamiento.

Siendo limitada la capacidad de los centros de internamiento, así como debiendo valorarse la situación personal e individual de cada uno de los extranjeros sujetos a expedientes de repatriación e, igualmente, las posibilidades reales de que la resolución de repatriación pueda llegar a ejecutarse, los instructores de expedientes de expulsión, antes de solicitar de la autoridad judicial la autorización del internamiento preventivo previsto en la letra e) del art. 61.1 de la Ley Orgánica 4/2000, deberán tener en cuenta las siguientes:

1. Circunstancias de carácter personal del ciudadano extranjero. Sin perjuicio de cualesquiera otras apreciadas por el instructor, se valorará la pertinencia de solicitar el internamiento, a la vista del resultado de las siguientes circunstancias:

Genéricas:

Si tiene o no domicilio conocido en España.

Personas con las que convive y vínculos familiares de los mismos.

Si tiene hijos menores a su cargo.

Las consecuencias para él y los miembros de su familia de la expulsión.

Si tiene arraigo en España.

Si está provisto de pasaporte.

Si existe riesgo de fuga o de incomparecencia.

Si representa un riesgo para el orden público o la seguridad pública o nacional.

Cualquier otra circunstancia relativa a la existencia de vínculos con España y su país de origen.

Específicas

Siendo diversas las causas que pueden concurrir en una persona sobre su situación o estado personal, siempre han de valorarse, entre otras, las referidas a:

La edad de la persona implicada.

Si se trata de persona anciana.

Si se trata de mujer embarazada.

Cuál es su estado físico y psíquico.

Si necesita tratamiento médico o está sujeto a revisiones médicas.

Si ha padecido algún tipo de violencia física, psíquica, sexual o cualquier tipo de violación o tortura.

Cualquier otra circunstancia que pueda indicar que se trata de persona vulnerable.

2. *Circunstancias sobre la posibilidad real de ejecutarse la repatriación. Se realizará una valoración sobre la viabilidad real de la materialización de la expulsión teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:*

Si el expedientado está provisto de documento de viaje o pasaporte.

Si se trata de un nacional de un país que tiene o no representación diplomática o consular en España.

*Si se trata de un nacional que **no será documentado** por las autoridades consulares de su país.*

*Si es nacional de un país que, **aunque lo documente, es factible que transcurra el plazo de 60 días máximo del internamiento.***

En aquellos casos de especial complejidad se podrá recabar información de la Unidad Central de Expulsiones y Repatriaciones de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, al ser este órgano el que mantiene relaciones con las diferentes oficinas diplomáticas y consulares tendentes a documentar a los extranjeros que pueden ser objeto de expulsión, así como el que tiene un conocimiento actual de la situación o estado social de los diferentes países a los que se realizan repatriaciones y las posibilidades reales de poder materializar las mismas.

Segunda.- Consulta ACNUR sobre países de riesgo.

Igualmente, los instructores o funcionarios que realicen las actuaciones de ejecución de la repatriación, antes de solicitar el internamiento, con el fin de conocer la situación (de conflicto bélico o de otra índole) del país al que van a ser repatriados, o que la repatriación al mismo no implica para dicha persona riesgo para su vida o integridad física, o que no será objeto de penas o tratos inhumanos, degradantes o torturas, procederán a consultar las siguientes direcciones del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), en las que se incluyen los países de riesgo y que son:

<http://www.acnur.org/secciones/index.php?viewCat=1094#1190>

<http://www.acnur.org/t3/recursos/bdl>

Si de verdad se cumplen esos criterios antes de interesar el internamiento judicial, se considera que el filtro para solicitar la medida de privación de libertad será mucho mayor, al igual que el porcentaje de expulsiones respecto del de internamientos. Por ello, siendo el segundo e ineludible filtro el judicial, la propuesta es que se informe a los Juzgados de Instrucción por parte de las Brigadas de Extranjería, que se aporte esa valoración mediante el sencillo procedimiento de incluirla en la documentación del oficio en el que se solicita el internamiento.

Si pese a contar con una valoración tan completa, no se incluye de oficio a la documentación, la propuesta práctica es que se soliciten tales datos por el Juzgado en funciones de guardia a la brigada de extranjería, incluso a la Comisaría General como dice la propia Circular en los casos de especial complejidad.

Resultaría difícilmente comprensible que no se pusieran tales datos que han motivado la solicitud de internamiento en el caso concreto, y que conllevan una eficiente labor policial de averiguación y documentación, en manos de la autoridad judicial que ha de adoptar la resolución, y del Ministerio Fiscal que ha de informar al respecto. O que no pueda examinarlos la defensa, por si existiera algún error o pudiera proponer prueba para desvirtuar un elemento concreto que haya resultado desfavorable a la persona detenida.

Se considera que esta práctica cambiaría en gran medida el panorama de ausencia de datos o criterios objetivos al que comúnmente se enfrentan los/as jueces en funciones de guardia, y previsiblemente la eficacia (y por ende legitimación “ex post”) de la medida cautelar interesada, al incluir no solo las circunstancias personales relacionadas con el arraigo, sino las posibilidades reales de documentación, de ejecución de la expulsión, así como la situación del país de repatriación. Cantidad y calidad de información muy superior a la actual.

5. A quién puede internarse en los CIE y a quién no.

Según el art. 62.1 de la LOEx, en los casos de expedientes 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. Por tanto a personas extranjeras con sanciones graves o muy graves reguladas en dichos preceptos, a petición de la policía.

No de oficio, porque es una cautelar para la expulsión gubernativa. La ley no prevé como medida cautelar que se pueda adoptar de oficio el internamiento en CIE por Juzgado de Instrucción en Diligencias Previas.

Tras exponer los criterios o motivos del internamiento, ya se deriva que en las personas detenidas deben concurrir circunstancias que justifiquen los criterios expuestos en la Ley y en la jurisprudencia constitucional, para valorar si la privación de libertad es idónea, imprescindible y proporcional, partiendo de la excepcionalidad de la medida limitativa del derecho fundamental a la libertad, como ya hemos analizado.

Pero cabe preguntarse también A QUIÉN NO debe internarse en los CIE, si hay casos en los que no cabe realizar siquiera esa valoración, en caso de que se solicite:

A) Menores de edad

Puede ser el caso más claro, pero en la práctica también ha sido el más problemático para algunos Juzgados de Instrucción, tanto de guardia como de control de estancia por lo que profundizaremos más en su exposición.

Según el art. 62.4 de la LOEx, No podrá acordarse el ingreso de menores en los centros de internamiento, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 62 bis 1. i) de esta Ley. Los menores extranjeros no acompañados que se encuentren en España serán puestos a disposición de las entidades públicas de protección de menores conforme establece la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y de acuerdo con las normas previstas en el artículo 35 de esta Ley.

Por lo tanto, los menores acompañados por sus progenitores privados de libertad en el CIE son los del art. 62 bis 1. i) LOEx, que regula el derecho de las personas internas 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. Pero los denominados MENAS (menores no acompañados) deben ponerse a disposición de las entidades públicas de protección de menores conforme a la LO 1/96 y art. 35 LOEx. Civilmente son menores en situación de desamparo. La situación jurídica es evidentemente muy distinta: debe primar su protección. La Administración puede ordenar su repatriación para la reagrupación familiar, y en los demás casos debe otorgar permiso de residencia. No pueden ser expulsados, y por tanto tampoco pueden ser internados en el CIE para su expulsión.

Aunque esto no siempre se entendió así, la Instrucción FGE 3/2003 ordenaba a los fiscales no considerar desamparados a los mayores de 16 años que vivieran independientes con consentimiento de sus padres e instar su repatriación. Fue pronto sustituida por la Instrucción 6/2004 de 26 de noviembre sobre “tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados”.

Existiendo esa abismal diferencia en el trato, se han planteado muchos problemas en la práctica sobre la determinación de la minoría de edad, que tiene consecuencias tan trascendentes en la esfera de los derechos de las personas afectadas. Casos problemáticos de minoría de edad dubitada que pueden plantearse no solo en los Juzgados de control sino también en los Juzgados de Instrucción, tanto en la audiencia como por vía de recurso, en ocasiones aportando nueva documentación o pruebas.

La legislación de extranjería distingue dos supuestos:

- Casos de minoría de edad "indubitada" para la policía: Artículo 190.1 del Reglamento de Extranjería (REx) aprobado por el Real Decreto 557/2011 “1. Cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen a un extranjero no acompañado cuya minoría de edad sea indubitada por razón de su documentación o de su apariencia física, éste será puesto a

disposición de los servicios de protección de menores competentes, poniéndose tal hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal. Los datos de identificación del menor serán inscritos en el Registro de Menores Extranjeros no Acompañados.

- Los casos de minoría de edad "dubitada" se regulan en el artículo 35.3 de la LOEx: "En los supuestos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, se le dará, por los servicios competentes de protección de menores, la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor, poniéndose el hecho en conocimiento inmediato del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario, realizarán las pruebas necesarias"..

Art. 190. 4 Reglamento: En el decreto del Ministerio Fiscal que fije la edad del menor extranjero se decidirá su puesta a disposición de los servicios competentes de protección de menores, dándose conocimiento de ello al Delegado o Subdelegado del Gobierno competente. En caso de que la determinación de la edad se realice en base al establecimiento de una horquilla de años, se considerará que el extranjero es menor si la edad más baja de ésta es inferior a los dieciocho años.

El decreto del Ministerio Fiscal en el que se fije la edad del menor extranjero se inscribirá en el Registro de menores no acompañados de conformidad con lo previsto en el artículo 215 de este Reglamento.

En mi opinión el art. 35 de la LOEx y las atribuciones del Ministerio Fiscal corresponden siempre a una fase pre procesal. Un Decreto de un/a Fiscal no puede "determinar" la edad salvo de forma provisional cuando la policía tiene dudas. Pero siempre debe haber un auténtico proceso con todas las garantías, considerando que la minoría de edad es estado civil de las personas y competencia del Juzgado de Primera Instancia.

Se plantean cuestiones dudosas: ¿Cabe su "determinación" por el Juzgado de Instrucción de guardia, si se alega en el momento de la audiencia a la persona extranjera sobre autorización del internamiento y alega ser menor de edad? En mi opinión se pueden y deben practicar pruebas al respecto: admitir documental, la prueba que se proponga y acordar un informe médico forense, previa valoración de la verosimilitud de la minoría de edad alegada, al deber descartar una circunstancia que determinaría la improcedencia del internamiento solicitado por la policía. En caso de duda, se presume la minoría de edad, y puede denegarse el internamiento disponiendo que se le aplique la legislación de protección de menores. Aunque la normativa de extranjería atribuya esta competencia al Ministerio Fiscal cuando no hay actuación judicial. El art. 158 del CC redactado conforme a la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor y la normativa internacional obligan a salvaguardar su interés y permiten dictar medidas de protección en cualquier tipo de procedimiento.

¿Y el Juzgado de control, si la queja consiste precisamente en que se vulneran sus derechos por ser menor? Entiendo que por los mismos motivos, en caso de alegación posterior, una vez ingresado en el CIE, pueden realizarse, si no hay otra resolución judicial, pruebas de determinación de edad y en caso de duda, cuando la horquilla lo permita, aplicar la presunción de minoridad: en cuyo caso el problema es si cabe acordar la libertad, o el traslado a un centro adecuado, o solo derivarlo al Juzgado de Instrucción que autorizó el internamiento, y poner a su disposición a la persona privada de libertad. Ante la falta de legislación suficiente, tenemos ejemplos de variedad de resoluciones de los jueces de control en estos casos excepcionales pero que se han dado: providencias acordando directamente el traslado a otro tipo de centro, autos declarando que la persona debe ser tratada como menor de edad y su internamiento en el CIE vulnera sus derechos fundamentales, y providencias poniendo a disposición del juzgado de acordó el internamiento todas las pruebas. (que, recordemos, puede estar a cientos de kilómetros del lugar de internamiento).

Muy recomendable la lectura del Informe Defensor del Pueblo "¿Menores o adultos? Procedimientos para la determinación de la edad.

http://www.defensordelpueblo.es/es/Documentacion/Publicaciones/monografico/Documentacion/Menores-O-Adultos-Procedimientos_para_la_determinacion_de_la_edad-vOPT.pdf

Partiendo de que los estudios sobre osteometría y el famoso atlas de Greulich-Pyle corresponde a varones de raza blanca de la costa este EEUU en los años 70, y de que no existen estudios suficientes sobre la población africana en este siglo, los forenses recomiendan una horquilla en los informes. Si se incluye la minoría de edad, hay que presumirla. Y aunque no sea el objeto de esta ponencia, creo que en caso de someter a presuntos menores a pruebas médicas reiteradas ha de recabarse su consentimiento informado, y ser razonables. A veces se repiten pruebas osteométricas en diversas partes del cuerpo (muñeca, brazo, dentadura mediante ortopantomografía) que determinarán un nivel de maduración ósea similar en el mismo cuerpo y pueden no tener mucho sentido. Y existen pruebas más invasivas que otras.

Hay casos muy llamativos de vulneración de derechos documentados en el informe del Defensor del Pueblo, con determinación de edades muy distintas de la misma persona en distintas CCAA. (Declarada mayor de edad en una C.A., y sin embargo protegida con posterioridad a esos supuestos 18 años en otra C.A con una determinación de 16 años, ilustrativos sobre el margen de error y la vulneración de derechos que puede conllevar).

La competencia de los Juzgados de Primera Instancia ante el cese de tutela por la entidad de protección se ha declarado en varios casos. Ej., cese de tutela anulado por el Juzgado de 1ª Instancia nº 28 de Madrid, Auto nº 202/2010 de 4 de mayo de 2010. Recurrido por la entidad y con informe favorable al recurso del Ministerio Fiscal: la Sección 24 de la

Audiencia Provincial Madrid desestimó la apelación y confirmó la sentencia de instancia por auto nº 480/2011 de 27 de abril de 2011.

Se estaba extendiendo la práctica de poner en duda cualquier documentación extranjera y someter de forma generalizada a menores documentados a este tipo de pruebas, con decretos que contradecían la documentación.

Por fin en 2014, la STS Pleno, de 24 septiembre de 2014. RC 280/2013 reitera la doctrina fijada en la STS Pleno de 23 de septiembre de 2014, RC 1382/2013
Texto de la sentencia: <http://www.poderjudicial.es/search/sentence.jsp?reference=7191301>

«La correcta interpretación de los artículos de la Ley y Reglamento de Extranjería permite mantener que el inmigrante de cuyo pasaporte o documento equivalente de identidad se desprenda su minoría de edad no puede ser considerado un extranjero indocumentado para ser sometido a pruebas complementarias de determinación de su edad, pues no cabe cuestionar sin una justificación razonable por qué se realizan tales pruebas cuando se dispone de un pasaporte legalmente expedido por el país de origen cuya validez no ha sido cuestionada ni ha sido invalidado por ningún organismo competente. Se hace necesario, por tanto, realizar un juicio de proporcionalidad y ponderar adecuadamente las razones por las que se considera que el documento no es fiable y que por ello se debe acudir a las pruebas de determinación de la edad, lo que no se ha hecho.»

Añade que en todo caso, con independencia de que una persona esté o no documentada, no podrá acudirse de modo indiscriminado a la realización de pruebas médicas, especialmente si son invasivas, para la determinación de la edad. Las dudas sobre la minoría de edad basada en la simple apariencia física de la persona deberá resolverse a favor del menor, ya que las técnicas actuales no permiten establecer con total precisión la edad de un individuo.

B) Otros casos

La LOEx prevé casos en que no debe imponerse la sanción de expulsión. Casos que no deberían por tanto presentarse como alegaciones en el Juzgado de guardia, donde ya dictada la sanción de expulsión se interesa el internamiento cautelar y en principio se limita el control (material) de la privación de libertad, no al control de la decisión gubernativa de expulsión, que sería propio de la jurisdicción contencioso-administrativa. La realidad nos indica que es común la alegación de arraigo a los efectos del art. 57.5.b) que entendemos que debe derivarse a esta jurisdicción, pero cuyos presupuestos fácticos podrían determinar a los efectos de la resolución de internamiento su improcedencia.

Art. 57.5 LOEX La sanción de expulsión no podrá ser impuesta... 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 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.

Se insiste en que ante la duda de si cabe su control por Juzgado de Instrucción de guardia, es mayoritaria la consideración como materia propia de la jurisdicción contencioso administrativa. Pero como comentábamos antes al hablar de los distintos juzgados competentes, en casos de urgencia, si la expulsión efectiva está prevista sin tiempo suficiente para acudir a esta jurisdicción en días y horas hábiles, puede suceder que se presente una petición de suspensión cautelarísima ante el Juzgado de Instrucción en su condición de sustituto del Juzgado de lo contencioso- administrativo.

Sin embargo hay otros supuestos taxativos en que impuesta la sanción, no debe ejecutarse: **art. 57. 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.

El caso de las mujeres embarazadas en mi opinión, aunque se regula como un supuesto de competencia gubernativa, sí puede presentarse para su valoración ante el Juzgado de Instrucción de guardia, incluso por ser circunstancia posterior al expediente de expulsión. Puede ser una causa perfectamente legítima para denegar el internamiento cautelar en el auto, o para acordar la libertad de forma sobrevenida, si no lo hace la autoridad gubernativa conforme al art. 62.3

Se plantea de nuevo la duda de si puede llegar a ser competencia del Juzgado de Control. En casos como el que comenté antes de la mujer de Mali interna en el CIE de Las Palmas (por un juzgado de otro partido judicial) embarazada e infectada por VIH, consideramos que el "traslado" para salvaguardar su derecho a la salud no invadía la

competencia del juzgado de guardia al no acordar la libertad. Realmente son casos que nos hemos encontrado como jueces de control de estancia pero de personas que no deberían en mi opinión estar en el CIE.

En este caso, la mujer había sido atendida en un centro de salud al llegar la patera, detectándose el estado de gestación, pero la información no llegó al Juzgado de guardia, ni ella lo alegó -su estado psíquico no era bueno, y después declaró que no entendía bien al intérprete y que nadie le preguntó por su embarazo-. Incluso presentaba a mi juicio indicios de ser víctima de trata. El caso es que al llegar al CIE unos diez días después la analítica con el VIH +, le afectó muchísimo, y aparte de otras cuestiones, cabía considerar que constaban circunstancias nuevas que determinaban la prioridad de su derecho a la salud -y la posibilidad de evitar la transmisión del virus al feto- y aconsejaban el traslado urgente, porque en el CIE no se le prestaba el tratamiento necesario. En mi opinión, si corre riesgo la salud - o incluso la vida- el Juzgado de control debe actuar y no invade competencias. Después desde luego lo comunica al juzgado del internamiento, y a la brigada de extranjería. Pero no poder acordar la libertad no puede ser un obstáculo para la salvaguarda de los demás derechos.

En realidad este caso, pero evidentemente no el de las mujeres gestantes en general, podía haberse incluido en otra limitación que sí se dirige directamente al Juzgado de instrucción contenida en el **62.1** sobre autorización de internamiento por el Juzgado de Instrucción: "Asimismo, **en caso de enfermedad grave** del extranjero, el juez valorará el riesgo del internamiento para la salud pública o la salud del propio extranjero".

Al ser de valoración judicial, parece evidente la pertinencia del informe forense sobre el riesgo para la salud. Pero no solo: a estos efectos considero importante que se resuelva valorando en concreto el estado de salud en relación con una información fidedigna sobre la realidad en el interior del CIE, acerca de las posibilidades de asistencia, tratamiento, traslados, alimentación, reposo, instalaciones, etc. En caso de no autorizar el internamiento, será la autoridad gubernativa quien deba buscar una alternativa, no el/la Juez de guardia.

El supuesto también puede llegar a ser competencia del Juzgado de control en caso de ser sobrevenida la enfermedad o su agravación: caso en el cual se pueden pedir informes médicos, informe por el Instituto de Medicina Legal y dictar resolución sobre los derechos de la persona interna, comunicándola al Juzgado que autorizó el internamiento que puede acordar la libertad y a la policía, sin perjuicio de adoptar medidas incluido el traslado fuera del CIE en casos de urgencia por apreciar fundadamente un riesgo actual para la salud.

Otros casos previstos en la propia LOEx que se considera que no deben encontrarse los juzgados de instrucción salvo que exista error en la actuación policial son los de los art. 59 y 59 bis: personas que colaboran contra redes organizadas - 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 o de explotación en la prostitución abusando de su situación de necesidad- y víctimas de trata de seres humanos.

6. Dónde.

El internamiento para expulsión se realiza en los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE) Actualmente abiertos en el territorio español los de Madrid, Barcelona, Valencia, Murcia, Algeciras (con dependencias en Tarifa), Santa Cruz de Tenerife y Las Palmas de Gran Canaria.

Los CETI de Ceuta y Melilla son otro tipo de centro distinto, no privativos de libertad.

Pero existe otra posibilidad: las Salas de Inadmisión de fronteras que se encuentran en los puestos fronterizos.

En los casos de devolución por rechazo en frontera, se prevé en el art. 60 de la LOEx la denegación de entrada conforme al artículo 26.2 de la Ley. Según el art. 60.1, están obligados a regresar a su punto de origen, en el plazo más breve posible. Si es superior a 72 horas dice la ley: “ 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”.

Según el art. 60.2, estas salas no tendrán carácter penitenciario, y estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios. Los extranjeros internados estarán privados únicamente del derecho ambulatorio.

Y según el art. 60.3, el extranjero durante su internamiento se encontrará en todo momento a disposición de la autoridad judicial que lo autorizó, debiéndose comunicar a ésta por la autoridad gubernativa cualquier circunstancia en relación a la situación de los extranjeros internados.

Pese a que la ley dice que el juez “determine el lugar”, parece claro que conforme a la STC 115/87, el art. 25.3 de la CE y todo lo expuesto con anterioridad, la decisión de privación de libertad más allá de 72 horas es judicial. No sólo versa sobre el lugar, debe autorizar la medida cautelar. Así lo estableció la STC 236/2007 de 7 de noviembre. La decisión es la misma que para autorizar el internamiento en CIE, si bien normalmente será más sencilla su motivación por tratarse de personas sin arraigo. Según el tenor literal del art. 60, el “control de estancia” correspondería al Juez que autorizó el internamiento en ese lugar. Con posterioridad el art. 62.6 reformado por la LO 2/2009 atribuye el control al “Juez de instrucción del lugar donde estén ubicados”. Parece obviar el legislador que las salas de inadmisión se encuentran en otros partidos judiciales, y que hay muy pocos juzgados de control, ahora mismo 10 para 7 CIE, con lo que no estaría garantizado el amparo judicial de los derechos de las personas privadas de libertad en estas salas fuera del alcance de los juzgados de control.

Sí debemos tener en cuenta que esas instalaciones reúnen aún peores condiciones que los CIE – normalmente carecen de luz natural y de cualquier dependencia o patio al aire libre- por lo que si se prevé que su duración se prolongue, podría acordarse el ingreso en un CIE, o preverlo a partir de un día determinado en caso de no haberse ejecutado la devolución. Son salas funcionales para una detención máxima de 72 horas, y aún en este caso el informe del defensor del Pueblo recomienda el acceso a luz natural, a aire libre y a contacto con el exterior.

Volviendo a los CIE, interesa destacar que en el debate sobre la jurisdicción más idónea para adoptar la decisión de internamiento algunas voces oponían como argumento en contra de la jurisdicción contencioso administrativa su sede en las capitales de provincia, frente a la multitud de localidades que cuentan con Juzgados de Instrucción.

Lo cual no deja de ser paradójico, ya que una vez que la persona está privada de libertad, el CIE puede estar bastante más lejos del lugar de detención que la capital de provincia. Las personas detenidas en Baleares ingresan por lo general en el CIE de Madrid. También las del norte de la península. Los y las Jueces y Fiscales que deciden e informan, respectivamente, están muy lejos y en general desconocen las condiciones de los lugares de internamiento. Hay muy pocos profesionales que han tenido la oportunidad de visitar estos centros, incluso al Foro anual sobre Inmigración que es una actividad de formación continua del CGPJ, se ha denegado por dos años consecutivos en 2013 y 2014 la entrada programada de jueces y fiscales en el CIE, y en 2015 finalmente no se organizó la visita.

Lo mismo sucede con las defensas letradas: con los traslados se deja atrás, en otra provincia, en otra isla, a cientos de kilómetros, al abogado o abogada de la persona internada, y salvo excepciones no suelen visitar el CIE.

Respecto de las condiciones reales de la vida en los CIE, como manifesté al principio se incumplen tanto las previsiones del reglamento de 2014 como las resoluciones de los Juzgados de control. Como no son objeto de esta mesa, pero las condiciones varían mucho entre unos CIE y otros, proyectaremos un vídeo con imágenes del CIE de Las Palmas para que juzguen ustedes mismos. Una imagen vale más que mil palabras.

II. UNA MENCIÓN A LA AUTORIZACIÓN DE EXPULSIÓN DEL ART. 57.7 LOEX

Conforme al Art. 57. 7 LO 4/2000:

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.

No se trata de los supuestos de expulsión del penado del art. 89 del Código penal, 57.2 ss de la LOEx y 257 Reglamento Extranjería. Conforme al art. 89.6 del C.P, (89.8 cuando entre en vigor la reforma por LO 1/2015) en caso de sustitución por expulsión se puede acordar por el órgano sentenciador el ingreso en CIE; y conforme a la DA 17ª de la LO 19/2003 de modificación de la LOPJ, el ingreso en prisión. Respecto de estos supuestos de sustitución, sólo apuntar una cuestión: si el órgano sentenciador ha acordado la sustitución por expulsión pero no ha determinado si se ejecutará con ingreso en centro penitenciario o en CIE, la policía en caso de detención para expulsión en muchas ocasiones ha presentado el oficio y la persona detenida ante el Juzgado de guardia, creando a su titular dudas sobre su competencia. En mi opinión en estos casos debe ponerse a la persona detenida a disposición del órgano sentenciador y en caso de tratarse de días u horas inhábiles, puede acordarse la medida que resulte menos gravosa y ordenar su puesta a disposición del órgano competente. Ha habido casos en que se ha acordado prórroga judicial de detención, y en otros, ingreso en CIE. Son casos muy dudosos que se evitarían si se pusiera directamente a disposición del órgano competente – que por supuesto puede comunicar su decisión por exhorto al de guardia de otra localidad- y cabe advertir que, aunque el internamiento en CIE se considerará normalmente la medida adecuada por el Juez de guardia, sin embargo los juzgados de control hemos advertido en varias ocasiones de la improcedencia de que compartan espacios en los CIE personas condenadas, internas con antecedentes penales, con personas que solo están en situación administrativa irregular.

Lo que regula el art. 57.7 tampoco es un supuesto en que se acuerde por la autoridad gubernativa la expulsión de una persona por estar imputada o procesada, ya que no son supuestos de infracciones de la LOEx, aunque el art. 62 lo mencione entre las circunstancias a tener en cuenta, para decidir el internamiento solicitado en el expediente de expulsión administrativa.

Lo que regula es la “compatibilidad” de la autorización de expulsión de una persona con su condición de imputada o procesada por otros hechos distintos, presuntamente constitutivos de delito, ya que necesita autorización del juzgado competente para la instrucción penal.

Por tanto compete al Juzgado de Instrucción, como la anterior, pero en sus funciones propias de investigación penal, cuando una persona imputada o procesada además ha incurrido en infracción de la LOEx y se sigue procedimiento administrativo sancionador para su expulsión, que requiere autorización de todos y cada uno de los órganos judiciales a cuya disposición se encuentre, aunque en situación de libertad. En la práctica se suele dar traslado urgente al Ministerio Fiscal y resolver incluso mediante providencia con la fórmula de “no existir inconveniente”, sin entrar en mayores valoraciones, y después se dicta en su caso el auto de sobreseimiento.

El artículo 247 del Reglamento de extranjería que desarrolla el 57.7 de la LOEx dispone:

Artículo 247. Extranjeros procesados o imputados en procedimientos por delitos o faltas.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.7 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, 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, la autoridad gubernativa someterá al juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal y oído el interesado y las partes personadas, autorice en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días su expulsión, salvo que de forma motivada aprecie la existencia de circunstancias excepcionales 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.

A los efectos de lo dispuesto en este artículo, se considerará que consta acreditado en el expediente administrativo de expulsión la existencia de procesos penales en contra del expedientado, cuando sea el propio interesado quien lo haya acreditado documentalmente en cualquier momento de la tramitación, o cuando haya existido comunicación de la autoridad judicial o del Ministerio Fiscal al órgano competente para la instrucción o resolución del procedimiento sancionador, en cualquier forma o a través de cualquier tipo de requisitoria.

Un presupuesto esencial es que se trate de hechos distintos: la STS de 9 de febrero de 2007 – RJ 2007/1885- declaró con claridad que “la Administración puede solicitar del juez, conforme a la LECrim, la autorización de expulsión de un extranjero encartado en un procedimiento por delitos menos graves, **siempre que se aplique una causa de expulsión distinta** de los hechos por los que se sigue la causa penal, puesto que en caso contrario,

como sucede en el caso de autos, la Administración no puede pronunciarse sobre ellos sin que antes lo haya hecho la jurisdicción penal”.

En general, a primera vista, a los/as jueces de instrucción nos resulta algo insólito como titulares de la jurisdicción penal autorizar en estos casos la expulsión porque determina el sobreseimiento de la causa, al obedecer esencialmente a un principio de oportunidad, ajeno hasta ahora a nuestra Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin embargo también nos parecería absurdo hacer de mejor condición a la persona imputada o procesada frente al resto, en caso de hallarse en la misma situación administrativa.

Se trata de valorar solo la procedencia de continuar el procedimiento de instrucción, oyendo al Ministerio Fiscal, y se valoran circunstancias distintas a las que contempla como motivos para el sobreseimiento provisional el art. 641 de la LECrim. El sobreseimiento se convertirá en definitivo una vez transcurrido el tiempo fijado en la resolución administrativa de expulsión o el plazo de prescripción.

Dado el tenor literal del precepto, parece que se presume la falta de interés público en celebrar el juicio y que se ejecute la pena.

Se trata de una resolución muy limitada: se valora la causa de instrucción, no la expulsión administrativa, aunque sí debe constar la resolución como presupuesto material de la autorización.

Aunque se dicten muchas providencias, podemos consultar varios supuestos de autos y sentencias de interés en sentidos diversos:

1. - Audiencia Provincial de Madrid, sec. 30ª, A 10-12-2012, nº 855/2012, rec. 849/2012 EDJ 2012/303458 (Pte: Fernández Soto, Ignacio José): falta de legitimación del imputado para recurrir.

2. - Audiencia Provincial de Madrid, sec. 7ª, A 29-10-2012, nº 898/2012, rec. 724/2012 EDJ 2012/261063 (Pte: Acevedo Frías, Ángela Ascensión) : En los supuestos en los que se solicita la autorización para la expulsión al Juez de Instrucción que instruye un procedimiento, en aplicación de lo dispuesto en el citado art. 57.7 de la L.O. 4/2000 , el control de la medida de expulsión acordada por la autoridad administrativa corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa, debiendo el Juez de Instrucción comprobar simplemente si existe resolución administrativa de expulsión, y si ésta cumple las exigencias legales, así como si corresponde conceder la autorización dada la entidad y naturaleza del procedimiento que está instruyendo.

Así lo entendió el T.C. en sentencias como la STC 24/2000, de 31 de enero, en la que se afirma que el papel del juez penal en este caso es, en cierto modo, análogo al del juez que conoce en sede de "hábeas corpus" de la situación del extranjero que va a ser expulsado. La doctrina de este Tribunal ha señalado que, en estos casos, el control pleno de

la legalidad de la medida de expulsión corresponde a los Tribunales Contencioso-Administrativos, pero el juez penal debe velar prima facie por los derechos del extranjero, revisando, aunque de manera provisional, el presupuesto material que justifica la actuación administrativa para la que se pide su intervención (SSTC 12/ 1994, de 17 de enero, 21 / 1996, de 12 de febrero, 66/ 1996, de 16 de abril y 174/1999, de 27 de septiembre).

“En consecuencia..., las alegaciones realizadas por la representación del imputado en cuanto al arraigo en nuestro país, sus circunstancias personales, o la proporcionalidad de la expulsión son alegaciones propias del recurso en la jurisdicción contencioso-administrativa, que, tal como consta en el testimonio remitido a este Tribunal efectivamente se realizaron por dicha parte, y que deberán ser resueltos, en su caso en el referido orden jurisdiccional, no procediendo por lo tanto la estimación del recurso por ninguna de ellas.

En lo relativo a que la expulsión vulneraría el derecho a la defensa del imputado en un juicio ya queda explicado tanto en el auto resolviendo el recurso de reforma como en el Informe del Ministerio Fiscal que no es en modo alguno así puesto que al autorizarse la expulsión no se lleva a cabo la celebración de juicio alguno en ausencia del imputado sino que el procedimiento queda archivado, por lo que no existe vulneración alguna del derecho de defensa, desestimándose en consecuencia el recurso interpuesto”.

4.- Audiencia Provincial de Madrid, sec. 30ª, A 9-1-2013, nº 8/2013, rec. 881/2012 EDJ 2013/14587 (Pte: Oliván Lacasta, Pilar)

En el presente caso no nos hallamos ante un internamiento en centro de extranjeros para garantizar la expulsión, supuesto en el que sí juega un papel primordial y determinante el arraigo familiar y laboral y todo aquello tendente a demostrar que no es necesaria la privación de libertad para ejecutar la expulsión; nos encontramos en el supuesto contemplado en el art. 57.7 a) de la LO 4/2000 EDL 2000/77473, es decir, aquel en que un extranjero contra el que se ha dictado un Decreto de Expulsión se halla inmerso en un procedimiento penal, por lo que debe entrar a valorarse si debe o no autorizarse esa expulsión en función no solo de la pena con la que se sanciona el delito, en cualquier caso inferior a 6 años, sino también la conveniencia de que se juzgue al acusado y, en su caso, de que se ejecute la posible sanción, cuestiones a decidir por los órganos encargados de la persecución penal que encarnan el ius puniendi del Estado y que deben ponderar si procede o no autorizar esa expulsión, lo que conllevaría en caso positivo al sobreseimiento de las actuaciones penales.

En consecuencia, el que el recurrente se halle o no empadronado (aunque no consta testimoniado el documento que lo acredite) o que tenga un hijo en España, lo que tampoco se documenta, no afecta a la decisión de autorizar la expulsión. Como tampoco el que el Decreto de Expulsión hubiera ganado o no firmeza, pues es una cuestión a discutir en vía administrativa, donde podría incluso solicitarse la suspensión del acto administrativo.

Por último, añadir que en un supuesto como el presente no depende de que para el extranjero resulte menos gravoso el cumplimiento, en su caso, de la condena que la expulsión. Se trata de pronunciarse sobre si en el ámbito penal, que es donde se ha dictado la resolución, se considera que concurren circunstancias excepcionales que aconsejan oponerse a dicha expulsión, y que continúe el procedimiento, lo que no se evidencia del presente caso, ni siquiera porque además de imputado por un delito de lesiones *podiera ser también perjudicado*, como consecuencia de la agresión que atribuye a su contrincante, pues del informe forense emitido el 27-9-2012, doce días después del incidente (15-9-2012) se evidencia la escasa entidad de las lesiones, aparte de que ni siquiera consta que lo hubiera denunciado.

5.- Auto Audiencia Provincial de Madrid, sec. 30ª, A 12-12-2013, nº 613/2013, rec. 407/2012 EDJ 2013/289368 (Pte: Iglesias Sánchez, Mª Inmaculada): De acuerdo con esta doctrina se considera que concurren en este caso los requisitos previstos en el citado art 57 de la LO 4/2000 EDL 2000/77473 , pues la autorización se solicita para proceder a ejecutar un Decreto de Expulsión que se acompaña a la solicitud, constando notificado al interesado, quien tiene un procedimiento penal pendiente por delito, cuya pena no llega a seis años de prisión, al tiempo que no se aprecian circunstancias excepcionales que justifiquen la denegación de la autorización solicitada y se ha oído al interesado quien ha realizado las alegaciones que obran en autos; manifestaciones que son propias del recurso en la jurisdicción contencioso- administrativa.

6.- -Auto A.P. Segovia 120/2010, de 13 de septiembre de nulidad del auto del Juzgado de Instrucción por falta del trámite de audiencia:

Primero.-Antes de la reforma de la Ley de extranjería, la jurisprudencia constitucional exigía este trámite de audiencia al extranjero previo a la autorización de expulsión. Así la STC 242/1994, de 20 de julio establecía que: la audiencia del extranjero potencialmente sometido a la medida de expulsión resulta fundamental, y en estos términos ha de entenderse recogida en el art. 21,2 LO 7/85, pues sólo con ella es posible exponer, discutir y analizar el conjunto de circunstancias en que la expulsión ha de producirse. Por esa razón se hace preciso que la audiencia tenga lugar en términos que, de forma clara e inequívoca, permitan a este requisito alcanzar la finalidad descrita. Y por esa razón, en este supuesto no cabe argumentar sólo sobre la base, más flexible, del art. 24 CE (valorando si el afectado tuvo o no una ocasión de defenderse al respecto).Es preciso comprobar si, además de ello, se le ofreció una oportunidad adecuada de exponer sus razones en favor o en contra de la expulsión, lo que otorga al derecho de audiencia una extensión material que sobrepasa el marco del art. 24 CE para introducirse en el ámbito de salvaguardia de la efectiva de otro derecho, constitucionalmente relevante, del ciudadano extranjero (el del art. 19 CE, en conexión con el art. 13 PIDCP).

El art. 57.7 a) y concordantes de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España tras la modificación operada por modificada por la

L.O. 2/2009, dispone que 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 excepcionales que justifiquen su denegación; pero debe ser integrado con el RD 2393/2004 en el art. 142, en absoluto contradictorio sino complementario en observancia de la doctrina constitucional que señala de conformidad con lo dispuesto en el artículo 57.7 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, cuando el extranjero se encuentre procesado o inculcado 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, la autoridad gubernativa someterá al juez que, previa audiencia del Ministerio Fiscal, oído el interesado y las partes personadas, autorice, en el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días, su expulsión, salvo que, de forma motivada, aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación.

Así pues el trámite de audiencia se configura legal y jurisprudencialmente como una condición sine qua non para poder autorizar la expulsión del extranjero en situación irregular incurso en un procedimiento penal. Y en este sentido se ha de estimar el recurso, decretando, como solicita la parte, la nulidad del auto recurrido, sin perjuicio de lo que pueda acordar el Juez de lo Penal una vez realizado el trámite legal, que dadas las peculiaridades del caso, nada impide pueda ser a través de videoconferencia.

Criterio de su necesidad, mayoritariamente afirmado por las AAPP, como resulta de los ejemplos concretados en AAP Cantabria, Secc. 1.ª de 10 de julio de 2009; AAP, Las Palmas, Secc. 6.ª de 28 de Julio de 2008; AAP Madrid, Secc. 4.ª, de 18 de junio de 2007; AAP, Vizcaya, Secc. 1 del 11 de Octubre del 2005.

Segundo.-Por lo anterior, con independencia de que se haya materializado o no la expulsión, dado el tiempo de tramitación del recurso, debe estimarse el recurso por vulneración del trámite de audiencia legalmente previsto, que ciertamente puede ser dilatorio, pero en todo caso ineludible y de posible cumplimentación mediante auxilio judicial o de videoconferencia. Todo lo anterior justifica la estimación del recurso.

7.- Sentencia absolutoria que ordena comunicar mediante oficio a Extranjería que el acusado absuelto ya no es "imputado": Audiencia Provincial de Sevilla, sec. 4ª, S 20-1-2012, nº 69/2012, rec. 9137/2011 EDJ 2012/14726 (Pte: Lledó González, Carlos L.) (Fallo): Líbrese inmediato oficio a la Brigada Provincial de Extranjería, que se anticipará vía Fax, haciéndole saber que en el presente procedimiento se ha dictado sentencia absolutoria del ciudadano de Bolivia Borja, que es firme, por lo que el mismo no ostenta ya la condición de "procesado o imputado" en la causa y por ello no se está en el supuesto a que se refiere el artículo

57.7.a de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, no siendo precisa en relación con este procedimiento ningún género de autorización judicial para en su caso materializar una expulsión administrativa.

Las Circulares 2/2006 y 5/2011 de la FGE abordan la autorización del art. 57.7.de la LOEx, la primera también hace referencia a la disparidad de criterios, y la segunda revisa el criterio de la anterior tras detectar que en la práctica impedía la ejecución de la resolución administrativa, “de modo que la comisión de hechos delictivos de escasa entidad, en muchas ocasiones en juicios rápidos, se había convertido en un mecanismo de permanencia en España del extranjero expulsado administrativamente”.

Considerando que en estos casos no ha de oponerse obstáculo procesal a la materialización de la expulsión administrativa y estableciendo criterios de actuación para los fiscales.

Una cuestión que puede suscitar alguna duda es la falta de audiencia de la víctima del presunto delito, no personada en forma, que quedaría fuera del art. 247 del Reglamento, pese a que progresivamente va obteniendo mayor atención en el proceso penal español, máxime a partir de la entrada en vigor (prevista en seis meses desde su publicación, de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, BOE 28.4.2015: la ley reforma los Art. 109 in fine LECrim, previendo la comunicación y personación antes de la calificación; el Art. 110 LECrim, sobre el derecho de restitución, personada o no (y reembolso de gastos), el Art. 7 sobre notificación de las resoluciones de no iniciar o poner fin al proceso; el Art. 12; posibilidad de recurrir el sobreseimiento, y prevé nueva redacción del art. 636 in fine.

Aunque ni la LOEx ni el Reglamento consideran precisa su audiencia, tampoco lo impide al Juzgado de Instrucción. Aunque de no estar personada será presumiblemente ineficaz dada la previsión legal de autorizar el plazo más breve posible y en todo caso no superior a tres días.

EL FISCAL ANTE LA SOLICITUD DE INTERNAMIENTO Y EL ARTÍCULO 57.7 LOEX. CRITERIOS DE ACTUACIÓN

Patricia Fernández Olalla

Fiscal Adscrita al Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería

RESUMEN DE LA PONENCIA: El objeto de este trabajo es profundizar sobre los criterios y pautas de actuación del Ministerio Fiscal ante una solicitud de internamiento o de autorización de la expulsión administrativa del art. 57.7 LOEx.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II.-PAUTAS DE ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL. 1. Examen de la solicitud de internamiento. 2. El juicio de proporcionalidad y el arraigo. A) El juicio de proporcionalidad. B) El Arraigo. III. PROCEDIMIENTO. IV. CESE DEL INTERNAMIENTO. V. ANEXO 1. EXTRACTO DE LA COMUNICACIÓN DE SANTIAGO HERRÁIZ, FISCAL DELEGADO DE EXTRANJERÍA DE LA RIOJA EN LAS JORNADAS DE FISCALES DELEGADOS DE EXTRANJERÍA DEL AÑO 2010

I. INTRODUCCIÓN

El internamiento en Centros de Internamiento de Extranjeros (en adelante CIES) es una medida cautelar de carácter excepcional decidida por el Juez de Instrucción, que tiene por finalidad asegurar –mediante la privación de libertad temporal-, la ejecución de la expulsión de un extranjero que ha sido objeto de expediente administrativo sancionador concluido por decreto o que se encuentra en trámite, o su devolución. La privación de libertad cabe también en los casos de denegación de entrada pero en estos supuestos se lleva a cabo habitualmente en las salas de tránsito de los aeropuertos (salas de inadmitidos). Expulsión, devolución y denegación de entrada son por tanto los tres supuestos en los que el retorno del extranjero puede ir precedido de su privación de libertad en la medida en que esta sea imprescindible para asegurar dicho retorno.

La expulsión es la sanción administrativa que la autoridad gubernativa puede imponer a los extranjeros en caso de estos hayan incurrido en infracción administrativa muy grave (Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, con las posteriores reformas operadas por LO 8/00, 14/03,

2/09 y L.O. 10/2011, de 27 de julio, art. 54, (en adelante LOEX) o infracción grave prevista en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53.1 de la LOEX.¹

Asimismo tal y como prevé el art 57 de la LOEX, 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.

Por su parte la devolución es la medida repatriativa directa (no exige la tramitación de expediente administrativo sancionador), acordada por la autoridad gubernativa en dos casos: respecto de extranjeros que vuelven a España incumpliendo una prohibición de entrada vigente y respecto de extranjeros que pretenden entrar por puesto no habilitado (LOEX arts. 58-3 y 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. Si bien la devolución no precisa expediente administrativo, el derecho a la asistencia de intérprete y a la asistencia jurídica están previstos en el art 23.3 del REX.

Finalmente la denegación de entrada es la resolución motivada que se adopta contra quien pretende acceder a territorio español por puesto habilitado pero sin cumplir los requisitos legales, (por ejemplo no acreditar recursos económicos, carecer de visado o de algún otro documento exigido por la normativa de extranjería, no acreditar el motivo de entrada). A la denegación de entrada se refieren los arts. 26 LOEX y 15 REX.

Cuando el retorno, en las tres modalidades señaladas, no puede materializarse por la autoridad gubernativa en el plazo máximo e infranqueable de 72 horas, y concurren circunstancias excepcionales que hacen prever la imposibilidad de localización del

¹ En la legislación española de extranjería la expulsión está aún prevista como una sanción alternativa a la de multa. Tradicionalmente la Sala III del TS había venido considerado que la sanción ordinaria habría de ser la multa quedando reservada la sanción de expulsión para casos especiales. Sin embargo en los últimos años esta postura ya había sido matizada. La STS (Sala III) de fecha 12 de marzo de 2013 <http://www.boe.es/boe/dias/2013/04/24/pdfs/BOE-A-2013-4337.pdf> resulta trascendente al exponer, aun cuando no fuera la cuestión sometida a debate, la conveniencia de revisar esta doctrina para adecuarla 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 terceros países en situación irregular (Directiva de Retorno). Recientemente la STJUE de 23 de abril de 2015 <http://www.migrarconderechos.es/jurisprudenciaMastertable/jurisprudencia/Zaizoune;jsessionid=19B447B37ECE1CC5> señala que la alternatividad expulsión/multa contenida en nuestra legislación, no se ajusta a la Directiva de Retorno. Se considera que el abono de una multa como sanción frente a los casos de estancia ilegal, además de no estar prevista en la Directiva, privaría a la misma de efecto útil en la medida en que el pago de la mencionada sanción económica no convierte en regular al que antes estaba irregular, a quien de acuerdo con la Directiva ha de regularizarse o bien sancionarse con expulsión.

interesado, la privación de libertad aparece como una medida extrema pero imprescindible para asegurar la ejecución de la expulsión o devolución administrativamente promovida. De acuerdo con los diversos instrumentos de la Fiscalía General del Estado sobre esta materia la Intervención del Ministerio Fiscal debe inspirarse en su función de *patronus libertatis*.

Conviene señalar ya desde este momento que a la hora de autorizar el internamiento el ámbito de control judicial no habría de alcanzar al análisis sobre la concurrencia del concreto motivo de retorno que sirve de fundamento al expediente administrativo sancionador. El Juez de Instrucción llamado a resolver autorizando o denegando el internamiento ha de valorar si el mismo es imprescindible para asegurar la materialización de la medida de retorno pero no la corrección intrínseca de la resolución administrativa, pues ello excede de su competencia. En este sentido y por cuanto se refiere a la actuación del Ministerio Fiscal la Circular 2/2006, de 27 de julio de 2006, sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España señala: “deberán los Sres. Fiscales tener en cuenta que no cabe entrar en el fondo de la resolución administrativa, intentando desentrañar si concurre o no la concreta causa de expulsión aducida por la Administración, pues ello no es competencia del Fiscal de guardia. Será en vía administrativa y, en su caso, en vía contencioso administrativa, a través de los recursos legalmente previstos, donde habrá de dilucidarse la conformidad o no a Derecho del acto administrativo.”

II.-PAUTAS DE ACTUACIÓN DEL MINISTERIO FISCAL

La actuación de supervisión del Ministerio Fiscal se proyecta en dos frentes: la corrección de la solicitud dirigida al Juzgado de Instrucción por la autoridad gubernativa y el juicio de proporcionalidad de la medida de internamiento.

1. Examen de la solicitud de internamiento.

En cuanto al primero de los ámbitos se pueden señalar los siguientes puntos sobre los cuales se proyecta el control:

A) La competencia de la autoridad que solicita el internamiento que tal y como señala el art. 258-1 de la LOEX será el instructor del procedimiento administrativo, el responsable de la Unidad de Extranjería del Cuerpo Nacional de Policía en la que se presente el detenido, o la autoridad gubernativa que hubiera autorizado la detención.

2 Instrucción 6/1991, de 23 de octubre, sobre garantías en las autorizaciones judiciales de internamiento de extranjeros sometidos a procedimientos de expulsión; Circular 1/1994 de 15 de febrero, sobre intervención del Ministerio Fiscal en relación con determinadas situaciones de los extranjeros en España; Circular 3/2001 sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería y Circular 2/2006 sobre diversos aspectos relativos al régimen de los extranjeros en España.

B) La competencia del Juzgado ante el que se presente la solicitud de internamiento, que es el más próximo al del lugar en el que se ha llevado a cabo la detención del extranjero.

C) La motivación de la solicitud de internamiento (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 extranjeros, art 23.1. (en adelante RCIES)). La exigencia de motivación es diferente según se trate de expedientes en aquellos en los que ya ha recaído decreto de expulsión y el extranjero ha sobrepasado el periodo de salida voluntaria. En estos últimos supuestos se viene entendiendo que el simple hecho de haber incumplido el plazo de salida voluntaria ya es por sí motivo suficiente para acordar el internamiento.

D) La incorporación de la información sobre las verificaciones efectuadas sobre la identidad del extranjero presentado como detenido y las anotaciones que figuren en los ficheros policiales. (Circular 2/2006 FGE). Deberá especificarse la o las infracciones administrativas que han dado lugar a la incoación del expediente sancionador, en caso de que no haya recaído resolución administrativa. Si esta ha recaído es necesario que el decreto de expulsión acompañe a la solicitud de internamiento.

E) La incorporación de los documentos que formen parte del expediente o resolución de expulsión, devolución o denegación de entrada (art. 23.1 RCIES). Entre esta documentación resulta imprescindible el certificado de todos los periodos de internamiento que haya sufrido el interesado de los que se tenga constancia, con indicación de los expedientes administrativos de los que derivaron tales medidas cautelares, los juzgados que las acordaron, así como su resolución. (Art. 23.3 RCIES). Esta información es del todo punto esencial dado que no caben internamientos sucesivos derivados de una misma causa.

Efectivamente hay que resaltar que en fecha 10 de febrero de 2015 se dictó Sentencia por el Pleno de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (Recurso Núm. 373/2014) resolviendo recurso contencioso-administrativo ordinario interpuesto por 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. Las mencionadas entidades promovieron la nulidad de ciertos preceptos del RCIES. El nuevo Reglamento que entró en vigor el 16 de marzo de 2014 y cuyo completa implementación estaba prevista para el 16 de marzo de 2015 admitía en su art. 21.3 lo siguiente: "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. Igualmente se podrán solicitar nuevos ingresos del extranjero si obedecen a causas diferentes, en este caso por la totalidad del tiempo legalmente establecido".

La Sentencia mencionada declara inválidos y nulos los incisos "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" y anula 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".

F) la notificación al interesado, es decir al extranjero al que afecta el expediente administrativo sancionador, del acuerdo de iniciación de dicho expediente o del decreto si hubiera recaído. La notificación habrá de realizarse en alguna de las formas previstas en el art. 59 de la Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) que se aplica con carácter supletorio.

G) Deberá también comprobarse que el expediente no esté afectado por la caducidad o por la prescripción. Respecto de la caducidad el art. 225 del REX dispone que ésta se produce por el transcurso de 6 meses desde la incoación del expediente administrativo de expulsión hasta la notificación al interesado del Decreto de expulsión, salvo causa imputable a éste último.

Por lo que se refiere a la prescripción el art. 56 de la LEX establece:

a) Las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses.

b) Las sanciones impuestas por infracciones muy graves prescribirán a los cinco años, las graves a los dos años y las impuestas por infracciones leves al año.

c) Si la sanción impuesta fuera la de expulsión del territorio nacional la prescripción no empezará a contar hasta que haya transcurrido el período de prohibición de entrada fijado en la resolución con un máximo de diez años.

2. El juicio de proporcionalidad y el arraigo.

A) El juicio de la proporcionalidad

El internamiento está previsto como una medida de carácter extremo que ha de quedar limitada a los casos en los que sea lógico y previsible que el extranjero afectado no va a ser habido a la hora de materializar el retorno acordado por la autoridad gubernativa. Ello exige una valoración casuística de las circunstancias concurrentes en cada supuesto. A la hora de valorar la necesidad del internamiento hemos de tener presente que la propia LOEX prevé que la autoridad gubernativa adopte otras medidas menos gravosas que el internamiento. En su art. 61 se mencionan las siguientes:

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.

Por otro lado y en cuanto se refiere a las circunstancias que pueden asociarse con el riesgo de sustracción a la materialización del retorno el art. 62 LOEX menciona las siguientes:

- el riesgo de incomparecencia por carecer de domicilio. Entiendo que la carencia de domicilio comprende tanto los casos de falta de domicilio como los casos de domicilio no fiable por constar diferentes domicilios a la vez en el expediente sancionador y no dar el interesado explicación plausible sobre esa diversidad.

- el riesgo de incomparecencia por carecer de documentación identificativa. La posesión de NIE no ha de tomarse en consideración pues el NIE se facilita de manera automática a todo extranjero que ha sido objeto de cualquier tipo de control en materia de extranjería. Por tanto ni poseer NIE acredita residencia legal ni implica una mayor garantía de localización.

- las actuaciones del extranjero tendentes a dificultar o evitar la expulsión.

- la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes.

La Circular 2/2006 de la FGE puntualiza que el que esté acreditado que el extranjero tenga domicilio conocido, trabajo y convivencia familiar supone una mitigación en cuanto al riesgo de fuga. El criterio ha de ser el de que a mayor socialización e integración del expedientado, menor riesgo de fuga. La carencia de documentación, en tanto reduce la segura identificación de la persona expedientada, también es un poderoso elemento a valorar en cuanto a la ponderación del *periculum in mora*. La utilización de nombres diversos, en tanto actividad desplegada para dificultar la localización, debe ser especialmente valorada para calibrar la concurrencia del peligro de fuga.

B) El Arraigo.

La referencia a la socialización y la integración en el país de acogida del interesado como elementos mitigantes del riesgo de fuga así como la existencia de domicilio conocido, trabajo y convivencia familiar afloran la cuestión siempre debatida relativa a la valoración del arraigo como circunstancia excluyente del internamiento.

Hemos de reiterar que de lo que se trata, al valorar la procedencia o improcedencia de la privación de libertad, no es de la concurrencia o no de la causa de expulsión esgrimida

por la administración sino de la presumible imposibilidad de que esa expulsión pueda llevarse a buen fin de no quedar el interesado a disposición de la autoridad gubernativa mediante el internamiento en el CIE. Ello es importante por cuanto el arraigo a efectos administrativos puede o no coincidir con el arraigo a efectos de decidir la privación de libertad del interesado. En este sentido podría decirse que el arraigo en el país de destino es inversamente proporcional al riesgo de fuga y viceversa.

De acuerdo con el diccionario de la RAE arraigar significa, en una de sus acepciones, “establecerse de manera permanente en un lugar, vinculándose a personas y cosas”.

Arraigo a efectos administrativos: Administrativamente no ofrece excesivas dudas qué ha de entenderse por arraigo. Cosa distinta es que el concepto administrativo sea equiparable, que no lo es, al riesgo de fuga asociado a la necesidad de internamiento. Desde el punto de vista gubernativo el art 124 del REX bajo la rúbrica “Autorización de residencia temporal por razones de arraigo” establece la diferenciación entre arraigo laboral, social o familiar y disecciona de manera exhaustiva las condiciones que el extranjero ha de cumplir para ser tributario de un permiso de residencia por este motivo. De conformidad con este precepto y sintéticamente:

a) Por arraigo laboral, podrán obtener una autorización de residencia temporal los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de dos años, siempre que carezcan de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años, y que demuestren la existencia de relaciones laborales cuya duración no sea inferior a seis meses.

b) Por arraigo social, podrán obtener una autorización los extranjeros que acrediten la permanencia continuada en España durante un periodo mínimo de tres años y que cumplan de forma acumulativa, los siguientes requisitos: carecer de antecedentes penales en España y en su país de origen o en el país o países en que haya residido durante los últimos cinco años; contar con un contrato de trabajo firmado por el trabajador y el empresario en el momento de la solicitud para un periodo que no sea inferior a un año; y tener vínculos familiares con otros extranjeros residentes o presentar un informe de arraigo que acredite su integración social, emitido por la Comunidad Autónoma en cuyo territorio tengan su domicilio habitual.

A estos efectos, los vínculos familiares se entenderán referidos exclusivamente a los cónyuges o parejas de hecho registradas, ascendientes y descendientes en primer grado y línea directa.

c) Por arraigo familiar podrán obtener la autorización los extranjeros que sean padre o madre de un menor de nacionalidad española, siempre que el progenitor solicitante tenga a cargo al menor y conviva con éste o esté al corriente de las obligaciones paterno filiales respecto al mismo. Igualmente podrán obtener la autorización de residencia por este

motivo los solicitantes que sean hijos de padre o madre que hubieran sido originariamente españoles.

Arraigo como mitigador del riesgo de fuga

No es posible establecer un catálogo de elementos cuya concurrencia defina el arraigo a la hora de decidir que la privación de libertad del extranjero no es imprescindible.

Esta necesidad de evaluar casuísticamente cada supuesto ha dado lugar a resoluciones judiciales de lo más variopintas³ que hacen aconsejable la definición de unas pautas mínimas, en lo que se refiere a la intervención del Ministerio Fiscal. Sobre todo teniendo presente que la eventual carencia de arraigo considerada por la administración para decidir la expulsión no ha de ser objeto de cuestionamiento en el Juzgado de Instrucción sino ante la jurisdicción contenciosa.

a) El arraigo como mitigador del riesgo de fuga, que es lo que realmente ha de valorarse, ha de ser acreditado por quien lo alega. En ocasiones la privación de libertad inmediata a la detención dificulta al extranjero interesado el facilitar en el juzgado de instrucción la documentación acreditativa de sus alegaciones. En tales casos habría de permitirse que el extranjero a través del letrado que le representa en la vista de internamiento pudiera facilitar las pruebas de su arraigo. De lo contrario y muy frecuentemente no es hasta el trámite de la apelación contra el eventual auto de internamiento, cuando tal aportación se produce, habiendo estado el interesado privado de libertad innecesariamente.

b) Como ya se ha dicho, para valorar la existencia del peligro de fuga podrán tenerse especialmente en cuenta la preexistencia de requisitorias para el llamamiento y busca del extranjero. El que esté acreditado que el extranjero tenga domicilio conocido, trabajo y convivencia familiar supone una mitigación en cuanto al riesgo de fuga. El criterio ha de ser el de que a mayor socialización e integración del expedientado, menor riesgo de fuga. La carencia de documentación, en tanto reduce la segura identificación de la persona expedientada, también es un poderoso elemento a valorar en cuanto a la ponderación del *periculum in mora*. La utilización de nombres diversos, en tanto actividad desplegada para dificultar la localización, debe ser especialmente valorada para calibrar la concurrencia del peligro de fuga.

c) La posesión de NIE solo acredita que el extranjero interesado ha sido objeto de un control de extranjería de cualquier clase. No implica arraigo.

d) La acreditación de existencia de hijos españoles dependientes del extranjero cuyo internamiento se interesa del Juez de Guardia, es motivo más que poderoso para denegar el internamiento. La razón no es otra que de acceder a la expulsión del progenitor se estaría

³ Posesión de abono transporte, posesión de teléfono móvil, recepción de ayudas de carácter social, plaza en albergue, son algunas de las circunstancias que se han identificado con el arraigo.

autorizando la expulsión de los hijos, ciudadanos de la Unión. (Ver por todas Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 8 de marzo de 2011. Asunto C-34/09. Ciudadanía de la Unión. Concesión de un derecho de residencia. Colombiano progenitor de dos menores de nacionalidad belga residentes en Bélgica que no han ejercido su derecho a libre circulación⁴.

Por su indudable interés a los efectos que hemos mencionado, se acompaña como Anexo 1 extracto de la comunicación presentada por el Ilmo. Sr. D. Santiago Herraiz España, Teniente Fiscal de La Rioja y Fiscal Delegado de Extranjería, en las Jornadas de Fiscales Delegados de Extranjería del año 2010.

III. PROCEDIMIENTO

1. Establece la Circular 2/2006 de la FGE, que será necesario incoar unas diligencias autónomas, tanto cuando la solicitud de internamiento se realice independientemente como cuando se efectúe en el seno de un atestado presentado por la Policía por haber sido detenido el extranjero por la comisión de un hecho delictivo. En efecto, debe desterrarse la práctica de que en este segundo caso se acuerde el internamiento en los propios autos penales, pues tal proceder puede generar importantes perturbaciones: si en el seno de un proceso penal se acuerda el internamiento y con posterioridad el Juez que lo ha acordado se inhibe en favor de otro Juzgado de Instrucción puede quedar el internado en un peligroso limbo jurídico, pues la competencia para controlar el internamiento y para resolver cualquier incidencia en relación con el mismo va a mantenerse en un Juzgado que ya ha remitido la causa *in toto* a otro Juzgado distinto. Este problema, si puede dar lugar a disfunciones cuando la inhibición afecta a Juzgados del mismo partido, resulta especialmente peligroso cuando la misma tiene lugar entre Juzgados de diferentes poblaciones.

2. La audiencia del interesado con asistencia letrada y del Ministerio Fiscal son exigencias que recoge el art. 62-1 párrafo segundo LOEX. La primera resulta del todo punto imprescindible en aras de valorar la proporcionalidad de la medida de internamiento y permitir que el afectado realice las alegaciones pertinentes así como que aporte la documentación que tenga por conveniente en apoyo de sus manifestaciones. En cuanto a la audiencia del Ministerio Fiscal como garante de la legalidad, esta audiencia permitirá aquilatar la idoneidad de la medida cautelar y percibir la eventual concurrencia de determinadas circunstancias que pueden desaconsejar la medida o impedirarla.

3. La resolución judicial debe revestir la forma de auto y ha de estar debidamente motivada no solo en cuanto a la necesidad del internamiento sino en cuanto a la duración del mismo. Que la duración máxima del internamiento sea de sesenta días no autoriza que

⁴ Disponible en:
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2011:130:0002:0002:ES:PDF>.

de manera automática la duración que se fije la resolución judicial sea esta. Atendidas las circunstancias concurrentes el Juez de Instrucción puede fijar una duración inferior y debe hacerlo si las circunstancias así lo aconsejan.

IV. CESE DEL INTERNAMIENTO

El art. 62-3 LOEX dispone “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.” La reforma de la LOEX del año 2009 que incorporó este precepto adecuó nuestro ordenamiento a la Directiva de Retorno que contiene una previsión idéntica en el art 15-4 y permitió superar serias disfunciones que se había originado por la no siempre fluida comunicación entre Juzgado de Instrucción que había autorizado el internamiento y autoridad administrativa.

V. ANEXO 1: EXTRACTO DE LA COMUNICACIÓN DE SANTIAGO HERRÁIZ, FISCAL DELEGADO DE EXTRANJERÍA DE LA RIOJA EN LAS JORNADAS DE FISCALES DELEGADOS DE EXTRANJERÍA DEL AÑO 2010⁵

Auto 19 de mayo de 2010 Tribunal Constitucional

“En la situación de arraigo esa excepcionalidad, fundamento para conseguir un permiso de residencia en España, viene determinada por la existencia de vínculos que unen al extranjero a este país, ya sean de tipo económico, social, familiar, laboral, académico o de otra índole. Ahora bien, la existencia de tales vínculos no impone, por sí sola, la prevalencia de ese interés particular enervando los intereses públicos eventualmente concurrentes con el mismo. La exigencia de vínculos en nuestro país no permite obviar que éstos también se hacen patentes mediante el respeto a las normas de convivencia que expresan las normas penales, respeto que es el que se manifiesta en el requisito cuestionado, cuya exigencia puede así entenderse justificada además en atención a las especiales características de la autorización solicitada.” (...)

CONVENIO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y DELAS LIBERTADES FUNDAMENTALES (ROMA 4 DE NOVIEMBRE DE 1950)

Artículo 8. Derecho al respeto a la vida privada y familiar.

⁵ www.fiscal.es→fiscal especialista→extranjería→documentos y normativa→conclusiones de las Jornadas de Fiscales Delegados 2010.

“1 Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.2. No podrá haber injerencia 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 de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás.”

JURISPRUDENCIA TEDH SOBRE VIOLACIÓN DEL ART. 8 DEL CONVENIO

“Recordando que la Jurisprudencia de este Tribunal reconoce a los Estados Contratantes el derecho innegable de controlar soberanamente la entrada y permanencia de extranjeros con la reserva de respetar las disposiciones del Convenio y particularmente su artículo 8” **(Sentencia Mehemí contra Francia, de 10 de abril de 2003)**¹¹

“Este Tribunal recuerda que incumbe a los Estados contratantes asegurar el orden público, en particular en ejercicio de su derecho a controlar, en virtud de un principio de derecho internacional totalmente consolidado y sin perjuicios de las obligaciones que les deriven de los tratados, la entrada y la permanencia de los no nacionales. A este particular, tiene la facultad de expulsar a los delincuentes que no sean nacionales. Sin embargo, sus resoluciones en esta materia, en la medida que atentarían a un derecho protegido por el párrafo 1 del artículo 8, deben revelarse necesarias en una sociedad democrática, es decir, justificadas por una necesidad social imperiosa y particularmente proporcionada la fin legítimo perseguido” **(sentencia Yilmaz contra Alemania, de 17 de abril de 2003)**

“Este Tribunal recuerda que el Convenio no garantiza, como tal, ningún derecho a un extranjero a entrar o residir en el territorio de un país determinado. Sin embargo, excluir una persona de un país donde viven sus parientes más próximos puede constituir una injerencia en el derecho al respeto a la vida familiar, tal y como lo protege el artículo 8.1 del Convenio” **(Moustaquim v. Bélgica, sentencia de 18 de febrero de 1991)**

“El término “vida privada” no es susceptible de una definición exhaustiva. Este Tribunal ya ha sostenido en ocasiones que elementos tales como la identificación del sexo, nombre, orientación sexual, o la vida sexual son extremos muy importantes dentro de la esfera íntima de la persona protegida por el artículo 8 del Convenio. También protege este artículo el derecho a la identidad y al desarrollo personal y el derecho a establecer y desarrollar relaciones con otros seres humanos y con el mundo exterior y puede incluir actividades de naturaleza profesional. Hay, por tanto, una zona de interacción de una persona con otras, incluso en un contexto público, que puede caer dentro de la órbita de la “vida privada” **(Sentencia Peck contra El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, de 28 de enero de 2003)**.

“Este Tribunal recuerda que, para examinar la cuestión de saber si el demandante tenía una vida familiar que merezca la protección del artículo 8, el análisis debe realizarse en el

momento en que la medida de expulsión y prohibición de entrada en el territorio nacional se convierte en definitiva” (**Sentencia Yilmaz contra Alemania, de 17 de abril de 2003**)

“Todas las relaciones personales, afectivas o familiares que tengan lugar o puedan probarse en el período comprendido entre la comunicación de la decisión de expulsión y que ésta adquiera carácter definitivo serán tenidas en cuenta por el TEDH para valorar la posible vulneración del artículo 8” (**Mokrani contra Francia 10 de Octubre 2003**)

“Recordamos que las relaciones entre adultos no se benefician necesariamente de la protección del artículo 8 del Convenio sin que se demuestre la existencia de elementos suplementarios de dependencia, además de los lazos afectivos normales (**sentencia Yilmaz contra Alemania, de 17 de abril de 2003**).

"No cabe duda de que un vínculo equivalente al concepto de vida familiar con el significado del artículo 8.1 del Convenio existe entre los padres y el hijo nacido de su relación matrimonial (**sentencia de 11 de Julio de 2000 en el caso Ciliz contra Holanda**)"

El Tribunal por su parte, no aprecia la cohabitación como una condición sine qua non de vida familiar entre los padres y sus hijos menores."(**Sentencia Berrehab contra Holanda 21 Junio 1988**)

“El Tribunal, así pues, considera que en las circunstancias del presente caso, la imposición de la medida de prohibición de residencia por tiempo ilimitado es excesivamente rigurosa. Una medida menos lesiva, tal como la prohibición de residencia por un tiempo limitado hubiese sido suficiente. Este Tribunal concluye, por lo tanto, que las autoridades de Austria, al decretar la prohibición de residencia por duración ilimitada en contra del demandante, no alcanzaron un justo equilibrio entre los intereses afectados y que los medios empleados son desproporcionados a la finalidad perseguida en las circunstancias del caso” (**Sentencia Radovanovic contra Austria, de 22 de abril de 2004**)

CUARTA PARTE
CENTROS DE INTERNAMIENTO

LAS CALAMITOSAS CONDICIONES DE INTERNAMIENTO EN LOS CIE ESPAÑOLES

Cristina Manzanedo

Responsable de Incidencia. Servicio Jesuita a Migrantes¹

RESUMEN: La Ley establece que durante su estancia en un Centro de Internamiento de Extranjeros (CIE), la persona solo tiene restringida la libertad de movimiento, ya que permanece privada de libertad con el único fin de ejecutar su expulsión. En la práctica, sin embargo, el internamiento priva de otros muchos derechos. El internamiento en los CIE conlleva una fortísima privación de derechos y un elevado grado de sufrimiento, innecesario, que supera con creces la restricción cautelar de la libertad ambulatoria y pide a gritos modificar el modelo de gestión de los CIE españoles. El Reglamento CIE, aprobado en marzo 2014, ha sido una oportunidad perdida en este sentido.

SUMARIO: I. AL FIN UNA REGULACIÓN COMPLETA. II. UN REGLAMENTO QUE NO SE APLICA. 1. Nueva estructura organizativa. 2. Instalaciones deficientes. 3. Falta de información. A) Acceso al expediente personal. B) Información al ingreso. 4. Ausencia de traductores. 5. El derecho a la salud no está garantizado en los CIE. A) Reconocimiento médico inicial. B) Personas enfermas. C) Los partes de lesiones. 6. Ausencia de servicios sociales en varios CIE. 7. Asistencia letrada. 8. Derecho de comunicación y visitas. 9. Dificultades acceso de ONG. 10. Régimen interior. Vigilancia y seguridad. Medidas coercitivas. A) Régimen interior en el CIE. B) Vigilancia y seguridad de los centros. 11. Presuntas agresiones y malos tratos. 12. Peticiones y quejas. 13. Publicación de datos CIE. III. CONCLUSIONES

I. AL FIN UNA REGULACIÓN COMPLETA

Las condiciones de internamiento conllevan un coste humano muy elevado, muchas veces desproporcionado ante una situación de mera irregularidad administrativa. La historia de los CIE muestra que en estos centros se restringen muchos más derechos que la libertad.

¹ Pueblos Unidos es miembro del *SERVICIO JESUITA A MIGRANTES (SJM)* España, red de entidades de la Compañía de Jesús cuyo objetivo es acompañar, servir y defender a las personas migrantes. Desde 2010, entidades miembro de la red cuentan con grupos de visitas estables a los CIE de Madrid, Barcelona y Valencia.

Las fuertes restricciones en el interior de los CIE se veían amparadas por la existencia de un vacío normativo. Hasta 2014, los CIE han estado regulados de manera insuficiente por una Orden Ministerial de 1999 y unos pocos preceptos, muy generales, de la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social* (“LOEX”). En este sentido, una regulación completa y garantista de los CIE era una pretensión de gran parte de quienes desde hace tiempo acompañamos a las personas internas y fiscalizamos como sociedad civil estos centros.

El RD 162/2014, de 14 de marzo, por el que se aprueba el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros, (“Reglamento CIE”), no modifica el modelo policial de los CIE ni desarrolla suficientemente las garantías de los derechos de las personas allí encerradas. Aun así, por primera vez contamos con una regulación completa sobre el internamiento de personas extranjeras y entendemos que una aplicación garantista del mismo conllevaría avances significativos en la mejora de las condiciones de internamiento y respeto de los derechos de las personas internas.

Sin embargo, para nuestro asombro y decepción, **transcurrido más de un año desde la entrada en vigor del reglamento CIE, los avances son inapreciables.** Por ello, necesitamos **el compromiso político del Gobierno para avanzar urgentemente hacia el cumplimiento íntegro y garantista del Reglamento. O, en su defecto, el cierre de los CIE por incapacidad de cumplir las condiciones mínimas fijadas en el Reglamento CIE y en la LOEX.**

II. UN REGLAMENTO QUE NO SE APLICA

1. Nueva estructura organizativa

El Reglamento mantiene concentradas en la figura del **director** –un policía- el conjunto de competencias de gestión y funcionamiento de los CIE, pero introduce algunos cambios que pueden tener gran trascendencia a la hora de mejorar las condiciones de internamiento:

La figura del **administrador**, bajo dependencia del director, es un avance frente al modelo estrictamente policial de los CIE. Es un funcionario no policial que asume las funciones de dirección de los servicios asistenciales (sociales, religiosos...), administrativos y logísticos, así como la recepción de las quejas y sugerencias de los internos.

Otra novedad es que los **servicios médicos** deben estar bajo la responsabilidad de un médico perteneciente a la Administración General del Estado. Entre sus funciones figura la supervisión de la atención médica en los distintos CIE, que es una de las cuestiones que mayor número de quejas ha generado en los últimos años.

El Reglamento establece la obligatoriedad de que haya **servicios de asistencia social** y cultural en cada centro, atendidos por trabajadores sociales. Igualmente, indica que se firmarán acuerdos con los distintos colegios de abogados para proporcionar **asistencia jurídica** a los internos. Y se reconoce el derecho a **asistencia religiosa** en los CIE.

Queremos destacar la figura de la **Junta de Coordinación**, órgano colegiado donde se encuentran representadas todas las unidades y servicios de los CIE. Entre sus funciones se encuentran la de informar sobre las normas de régimen interior, directrices de organización, elaborar informes sobre peticiones y quejas que formulen los internos, así como sobre los protocolos de seguridad y medidas coercitivas que se adopten en el centro.

Lamentablemente, estas potenciales mejoras no han sido desarrolladas hasta la fecha. **Las plazas de administrador y médico aún no han sido cubiertas en ningún CIE y las Juntas de Coordinación no han sido constituidas. Servicios sociales sólo hay en los CIE de Barcelona y Madrid** –y en unas condiciones ciertamente precarias para el número de internos de estos centros y la complejidad de las situaciones que abordan–. **Y servicios jurídicos únicamente hay en Madrid y Barcelona.**

2. Instalaciones deficientes

Las instalaciones de los CIE -comedor, alojamiento de internos, aseos y duchas, locutorios y patio- presentan graves carencias por la antigüedad y la falta de mantenimiento y reforma de los edificios que los albergan.

La propia Fiscalía ha cuestionado las instalaciones de estos centros.² Especialmente preocupantes considera las condiciones del CIE de Algeciras, ubicado en una antigua cárcel, cuyo cierre ha solicitado reiteradamente.³ En el CIE de Barcelona ha destacado las inadecuadas instalaciones de sus habitaciones y también la inseguridad que genera el sistema de cierre y apertura de puertas del CIE de Madrid en caso de que tuviera que ser desalojado.⁴ Las ventanas de las habitaciones del CIE siguen tapadas por unas planchas metálicas con pequeñas perforaciones, las cuales se pueden ver desde la calle. Estas

² Memoria 2014 de la Fiscalía de General del Estado, pág. 392: “En términos generales las instalaciones con que cuentan los CIES son solamente aceptables. Los episodios de sobre-ocupación, frecuentes en otras épocas con mayor afluencia de población extranjera irregular, que agravaban la penuria del internamiento en instalaciones en ocasiones obsoletas, se encuentran actualmente superados”.

³ *El País*, 4 de mayo de 2013: El fiscal de Extranjería realiza unas duras declaraciones sobre la estructura carcelaria de este centro, la incomodidad de los internos y que los patios son pequeños. Califica las instalaciones como horripilantes y pide su cierre.

Memoria 2012 de la Fiscalía General del Estado, pág. 859.

⁴ Memoria 2014 de la Fiscalía General del Estado, pág. 393.

planchas no sólo limitan la vista, sino también la iluminación y ventilación de las habitaciones.

En 2014, el CIE de Valencia ha tenido una plaga de chinches que ha durado varios meses y que obligó a cerrar el centro temporalmente.

El CIE de Madrid, a pesar de ser un edificio relativamente reciente, tiene destacadas deficiencias. Son frecuentes, sobre todo en invierno, las quejas por falta de agua caliente en las duchas, humedades y frío en las habitaciones, ventanas de las habitaciones oxidadas y que no cierran bien. También se reiteran quejas por cabinas de teléfono que se encuentran inutilizables o por las reducidas dimensiones y falta de sol del patio de mujeres.

En ningún CIE existe una enfermería, por lo que enfermos con padecimientos físicos o psíquicos tienen que compartir habitación con el resto de internos, como veremos en el apartado referido al servicio médico.

Por último, el Reglamento señala que los CIE deben contar con instalaciones adecuadas para el ocio, entretenimiento y deportivas, así como un patio para que los internos puedan pasear. La **ausencia de actividades en los CIE** hace que los internos pasen la mayor parte de su tiempo o en la sala común o en la habitación, situación que es fuente constante de tensiones. La falta de actividades conlleva una imposibilidad de ordenar y llenar el tiempo por parte de las personas internadas, que puede suponer un trato degradante para éstas.

3. Falta de información

La queja más frecuente entre las personas internas es la falta de información acerca de su situación jurídica, a su ingreso y durante su estancia en un CIE. Aunque las personas internas en el CIE tienen asignado un abogado, la mayoría no tienen contacto con el mismo por dificultades de comunicación telefónica, dificultades para acceder a su expediente, dificultades para hacer llegar documentación a los abogados. Esto, además de mermar el derecho a la defensa conlleva una gran angustia entre los internos.

Es necesario destacar las especiales dificultades a las que se enfrentan las personas procedentes de otras ciudades, que ven mermada sus posibilidades de defensa ya que su letrado está en la ciudad de la detención.

A) Acceso al expediente personal

Ante las reiteradas dificultades de acceso a su expediente y quejas presentadas, los Juzgados de Control de Madrid⁵ resolvieron en abril de 2014 que *“al llegar al CIE o a lo máximo al día siguiente, se le entregue copia íntegra del expediente administrativo ...*

⁵ Auto del Juzgado de Control nº 6 de Madrid, 15/04/2014.

debiendo el centro de internamiento realizar los cometidos de copia y entrega”. Ha supuesto un gran avance y se está entregando a los internos a su llegada una copia de su expediente. Este hecho, largamente demandado, facilita a los internos, a sus abogados y a las organizaciones que les visitamos, el entendimiento de su situación legal y una más eficaz defensa de los derechos que les asisten.

En otros CIE, sin embargo, es casi imposible el acceso de ONG o de familiares a estos expedientes, pese a tener una autorización expresa de la persona interna.

B) Información al ingreso

Las personas extranjeras deben ser informadas a su ingreso en el CIE de sus derechos y obligaciones, de las normas de régimen interior y de convivencia, de las normas disciplinarias y de los medios para formular peticiones y quejas, entregándoles un boletín informativo⁶ redactado en su idioma o en otro que le resulte inteligible. Actualmente no se facilita de manera generalizada a todas las personas internas dicho boletín, lo que ha dado lugar a numerosas quejas y diversas resoluciones de los Juzgados de Control.⁷ Generalizar esta práctica permitiría mejorar el conocimiento de los derechos y las vías de ejercicio de los mismos.

La falta de información es especialmente grave en casos de personas necesitadas de protección -potenciales demandantes de asilo⁸, víctimas de trata de seres humanos⁹ o menores. En marzo de 2014 fue presentada queja¹⁰ ante la expulsión de 20 malienses, país

⁶ Art. 29 del RD 162/2014 por el que se aprueba el funcionamiento y régimen interior de los CIE.

⁷ Auto del Juzgado de Control de Murcia (14/03/2012): Obligación de incluir específicamente en el boletín informativo que se entregue a los internos la posibilidad de envío de quejas y peticiones al Juzgado de Control y dirección donde hacerlas llegar.

Auto del Juzgado de Instrucción nº 6 en funciones de Control de Madrid (04/04/2011): Obligación de traducir el manual de derechos y normas de los internos al árabe, turco, kurdo, farsi, wolof, mandinga, chino mandarín, chino cantonés, tagalo, bangla y urdu.

Juzgado de Instrucción en funciones de control jurisdiccional del CIE de Barcelona (23/06/2014): “[...] que el CIE disponga de boletines informativos de derechos de los internos traducidos a las lenguas oficiales, cooficiales o habladas por un porcentaje notorio de la población; en el caso de analfabetizados se hará una información verbal y comprensible”.

⁸ La Memoria 2014 del Defensor del Pueblo recoge la insuficiencia en la información sobre asilo que sigue produciéndose en el CIE de Barranco Seco, las Palmas de Gran Canarias.

⁹ Apartado 2 c) del art. 16 del Reglamento: “[...] facilitarle el ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las derivadas de su situación de internamiento, y en especial cuando se solicite protección internacional o cuando sea víctima de violencia de género, de trata de seres humanos o de violencia sexual”.

¹⁰ CEAR, Karibu y Pueblos Unidos.

cuya zona norte se encuentra sumida en un conflicto bélico, sin que recibieran información alguna sobre asilo.¹¹ A raíz de ello, los Juzgados de Control del CIE de Madrid¹² han obligado a incluir en el boletín de entrada “*información sobre asilo en los términos dictados por la Dirección General de Política Interior en 2005*”, así como que los servicios sociales del CIE dispongan de ejemplares de folletos informativos, a fin de facilitar que las personas internadas puedan acceder, en caso de que así lo requieran, al procedimiento de protección internacional. Posteriormente, el Juzgado de Control de Barcelona¹³ se pronunció en similar sentido.

La tensión en los CIE entre los procedimientos de protección (asilo, trata, menores, etc.) y el de expulsión es evidente. La identificación y acceso a protección de personas con derecho a ello sigue siendo una tarea pendiente. Falta una actitud proactiva por parte de los funcionarios públicos, tanto en el momento de valorar si se solicita el internamiento,¹⁴ como durante la estancia en los CIE. En este sentido, la formación del personal de los CIE en estas materias es crucial. También es necesario avanzar en personal y dotaciones de los servicios sociales que puedan hacer un mayor seguimiento de estos perfiles de personas internas.

La extensión del derecho a la información a la salida ha sido establecido por diversos Juzgados de Control y exige que las personas sean informadas con suficiente antelación del momento en que se va a producir la expulsión, a fin de que tengan conocimiento de la fecha, de su destino y día y hora de llegada y poder comunicarlo a sus abogados y familiares. Son reiteradas las quejas por irregularidades en la notificación de la materialización de la expulsión, bien por ausencia de notificación o porque se lleva a cabo de manera incompleta e imprecisa. En 2014 hemos presentado queja al Defensor del

¹¹ El Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura del Defensor del Pueblo, observa en 2012 y 2013 “carencia de folletos sobre protección internacional en distintos idiomas elaborado por la Oficina de Asilo y Refugio (OAR) [...], así como que quedara constancia escrita de que se había ofrecido la posibilidad al interno de solicitar asilo o refugio, incorporando dichas circunstancias a la ficha del interno”. Se comprobó mediante visita al CIE de Murcia que dicha información solamente se ofrecía a quienes arribaban a costas españolas en patera y únicamente en árabe.

¹² Juzgado de Instrucción nº 6 en funciones de Control de Madrid (25/03/2014).

¹³ Juzgado de Instrucción nº 1 en funciones de Control de Barcelona (23/06/2014).

¹⁴ Circular 6/2014 de la DGP: “Los instructores o funcionarios que realicen las actuaciones de ejecución de la repatriación, antes de solicitar el internamiento, con el fin de conocer la situación (de conflicto bélico o de otra índole) del país al que van a ser repatriados, o que la repatriación al mismo no implica para dicha persona riesgo para su vida o integridad física o que no será objeto de penas o tratos inhumanos degradantes o torturas, procederán a consultar las siguientes direcciones del Alto Comisionado de las Naciones Unidas”. Y recomendación 190/2013 del Defensor del Pueblo.

Pueblo, adjuntando numerosas actas de notificación de expulsiones incompletas o irregulares.¹⁵

4. Ausencia de traductores

En conexión con el derecho a la información, si bien trasciende a éste, se encuentra el derecho a disponer de servicios de traductor-intérprete.¹⁶ Su ausencia en los CIE dificulta a muchas personas internas entender su situación legal y sus posibilidades de defensa, también poder comunicarse con el servicio médico,¹⁷ los servicios sociales, sus abogados o las entidades que les visitan.

Un caso que muestra la importancia de este servicio en los CIE¹⁸ fue el fallecimiento de Samba Martine en el CIE de Madrid, quien a pesar de acudir en más de diez ocasiones al servicio médico, tan sólo en una de ellas consta que tuvo acceso a un intérprete.

5. El derecho a la salud no está garantizado en los cie¹⁹

“[...] no se puede olvidar la especialísima situación de quienes se encuentran privados de libertad en un CIE. En lo que aquí respecta, lo cierto es que no pueden acceder a servicios médicos distintos de los del propio Centro o aquellos a los que éstos les deriven, si lo estiman oportuno. [...] es especialmente relevante la posición de garante que atañe a su personal, respecto de personas que están privadas de libertad ambulatoria y no pueden por sí mismas proveerse de una atención médica diferente.”²⁰

¹⁵ Informe anual 2013 del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, Defensor del Pueblo, apartado 58, donde se requiere por segundo año consecutivo a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras que unifique los criterios aplicables a todos los centros por las deficiencias detectadas sobre la falta de notificación a la hora de la expulsión.

¹⁶ Art. 62 bis.1.h de la LOEX y 16.2.j del RD 162/2014.

¹⁷ Auto del Juzgado de Control de Murcia de 16/07/2013, estableció que se ha de garantizar la asistencia de intérpretes a los internos en los reconocimientos médicos en el CIE.

¹⁸ Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, 2013: “[...] el idioma sigue siendo un obstáculo para la comunicación fluida entre los servicios sanitarios y los internos que demanden atención médica”.

¹⁹ Comité Europeo de Prevención de la Tortura: “[...] el control del estado de salud de los inmigrantes en situación irregular durante su detención constituye un deber fundamental hacia cada detenido y hacia el colectivo de inmigrantes en situación irregular en su conjunto”.

²⁰ Auto 13/2014, de 23 de enero, por el que la Audiencia Provincial de Madrid ordena la reapertura de la causa penal por la muerte de Samba Martine, fallecida el 19 de diciembre de 2011 en el CIE de Madrid. La Audiencia señala cuestiones que trascienden la propia causa, como la insuficiencia de los reconocimientos médicos de ingreso, deficiencias de los servicios médicos del CIE prestados por empresas privadas, falta de protocolos de derivación entre los CETI y los CIE, etc.

Si bien el servicio de atención médica debe estar **bajo la responsabilidad directa de un médico adscrito a la Administración General del Estado**, este servicio viene siendo prestado en los centros empresas privadas –Sermedes inicialmente y más recientemente Clínicas Madrid–.

La regulación del servicio médico en el Reglamento es similar a lo que preveía la Orden Ministerial de 1999, lo que no ha impedido las deficientes condiciones sanitarias de estos centros en estos años. Se ha perdido con ello una oportunidad de desarrollar la garantía del derecho a la salud en los CIE atendiendo a la experiencia adquirida en estos años. Nos resulta sorprendente que ni siquiera los fallecimientos de Samba Martine e Idrisa Diallo en los CIE de Madrid y Barcelona hayan servido para revisar la atención médica en los CIE.

El Reglamento recoge que los CIE contarán con un servicio de asistencia médica y farmacológica para la atención permanente de las personas internadas, cuestión sobre la que también se han manifestado los Juzgados de Control.²¹ Sin embargo, los CIE no cuentan con asistencia médica permanente,²² según se desprende de la propia licitación del servicio médico.²³ Para los CIE de Tarifa, Algeciras, Fuerteventura, Tenerife, Las Palmas, Murcia, Valencia y Barcelona sólo consta asistencia médica en horario de mañana. En estos CIE tampoco se recoge asistencia médica durante los fines de semana. El CIE de Madrid carece de servicio médico por las noches y tardes y noches en los fines de semana.

La Fiscalía General del Estado²⁴ ha manifestado que “[e]s imprescindible adoptar las medidas adecuadas para mejorar la atención sanitaria y la asistencia social de los internos. Según nuestra propia experiencia compartimos sin matices las deficiencias denunciadas por la Oficina del Defensor del Pueblo y los medios precisos para solventarlas: establecimiento de un sistema de registro que permita dejar constancia de las solicitudes de asistencia médica, así como de las asistencias diarias efectivamente prestadas; dotación de medios que garanticen una asistencia médica permanente; redacción de instrucciones precisas por los adjudicatarios del servicio en el que imponga al personal médico la obligación de describir pormenorizadamente el historial clínico de los internos, detallando la naturaleza y las características de las lesiones y enfermedades que estos presenten; clarificar el

²¹ Auto del Juzgado de Instrucción nº 6 en funciones de control jurisdiccional del CIE de Madrid (23/12/2009).

²² *Informe anual 2012* (apartado 53) e *Informe anual 2013* (apartado 45) del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, Defensor del Pueblo, y *Memoria 2014* del Defensor del Pueblo, pág. 529.

²³ Pliego de prescripciones técnicas para la contratación de reconocimientos médicos y asistencia sanitaria en los CIE. MIN 20/03/2014.

²⁴ *Memoria 2013* del Fiscal General del Estado, pág. 358.

protocolo de información al Director del Centro de las lesiones que presenten los internos [...]”.

Han sido rechazadas las recomendaciones del Defensor del Pueblo para que en las consultas médicas se garantice el derecho a la intimidad de los pacientes, permitiendo cerrar la puerta de acceso al despacho médico y que, salvo casos justificados, no esté presente un miembro del Cuerpo Nacional de Policía. También la referida a garantizar que el idioma no suponga un obstáculo para la atención médica en los CIE.²⁵

A la salida del centro, si el interno debe seguir algún tratamiento, se le debe entregar un informe médico sobre su situación sanitaria y propuesta terapéutica. No se está cumpliendo.

A) Reconocimiento médico inicial

El reconocimiento médico inicial es de máxima importancia porque permite detectar si las personas presentan enfermedades –físicas, psíquicas o toxicomanías– y determinar su tratamiento, si el internamiento pudiera ser improcedente por motivos de salud o detectar lesiones previas al ingreso.

Cabe destacar las enormes deficiencias con que se está llevando a cabo este reconocimiento inicial, que está permitiendo, por ejemplo, mantener internadas a personas con enfermedades físicas o psíquicas graves. El reconocimiento médico inicial en los CIE se aparta de los diversos protocolos de atención ambulatoria que establecen *recomendaciones para la atención primaria del paciente inmigrante*.²⁶ A modo de ejemplo, el reconocimiento médico inicial en los CIE no indaga ni valora las posibles situaciones de riesgo de los internos recién llegados a España ni su origen y periplo migratorio. Tras el fallecimiento de Samba Martine en el CIE de Madrid, se constató que se le hizo un reconocimiento médico inicial en el que no se recabó antecedente familiar o personal alguno, a pesar de que venía de un área geográfica con elevadas tasas de VIH y de haber sufrido un largo periplo migratorio.²⁷ En el CIE de Barcelona se ha puesto de manifiesto que “no se dispone de programa específico

²⁵ Memoria 2014 del Defensor del Pueblo, pág. 524.

²⁶ Grupo de Consenso de atención primaria SEM-FYC, SEMERGEN, CESH y Guía de actuación en atención primaria para población inmigrante de Castilla la Mancha (Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales - Junta de Comunidades de Castilla la Mancha).

²⁷ Auto 13/2014 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Trigésima: Destaca la importancia del reconocimiento médico inicial, “vista su procedencia de un país en el que el SIDA es afección endémica, debió alertar al personal sanitario. Más aún cuando el personal del CIE es perfectamente conocedor del fenómeno de la inmigración desde países subsaharianos, en el que las internas, antes de llegar a España, realizan un largo periplo, que dura tres años de media, sufriendo en ocasiones violaciones o atraviesan obligaciones que hacen que tengan que prostituirse”.

para la detección del riesgo auto lítico y de protocolo de Prevención de Suicidios, no se realizan pruebas cualitativas de detección de drogas cuando el interno ingresa, ni sistemática de analíticas sobre enfermedades infecto-contagiosas”.²⁸

Los Juzgados de Control han reclamado las mismas garantías en los reconocimientos médicos iniciales en los CIE que en los efectuados por los servicios sanitarios públicos ambulatorios.

B) Personas enfermas

La normativa europea exige que la salud de las personas sea tenida en cuenta en el procedimiento de expulsión.²⁹ La LOEX recoge que “en caso de enfermedad grave del extranjero, el juez valorará el riesgo del internamiento para la salud pública o la salud del propio extranjero”, pudiendo ordenar el fin del internamiento.³⁰ Y la Circular 6/2014 de la Dirección General de la Policía establece criterios para solicitar el ingreso en los CIE, entre los que figura considerar el estado físico y psíquico de la persona.

El Reglamento recoge que uno de los objetivos del reconocimiento médico al ingreso es identificar las personas enfermas y disponer el tratamiento adecuado, así como valorar si la enfermedad hiciera aconsejable su ingreso hospitalario. También recoge la posibilidad de que el director del CIE adopte el cese del internamiento “[]cuando existan razones médicas, debidamente fundadas y justificadas por el facultativo del centro, que se consideren necesarias para la salud del interno”.³¹

Naciones Unidas ha resaltado la importancia del reconocimiento médico para identificar personas enfermas³² porque (i) la privación de libertad es gravemente perjudicial para migrantes con discapacidad física o psíquica y personas con VIH/SIDA y porque (ii) el tratamiento y seguimiento necesario puede no ser accesible en sus países de origen.

²⁸ Memoria 2014 de la Fiscalía General del Estado, pág. 393.

²⁹ Art. 5.1 de la Directiva 2008/115/CE, de retorno.

³⁰ Art. 62.1 y 3 de la LOEX

³¹ Art. 37.f del RD 162/2014.

³² Comunicación N° 900/1999 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas e Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes (2012).

Sin embargo, seguimos encontrando personas con enfermedades graves ya diagnosticadas antes de su ingreso en el CIE que no reciben atención médica especializada, comparten habitación con el resto de los internos y llegan incluso a ser expulsados.³³

F. es una mujer diagnosticada de VIH desde hace 10 años, con patologías derivadas de su inmunodeficiencia que requieren tratamiento farmacológico y revisiones hospitalarias periódicas. Solicitó visita de Pueblos Unidos tras un mes en el CIE, preocupada por la continuidad de su tratamiento y por perder las citas para revisión médica que tenía concertadas. También le angustiaba su futuro en caso de ser expulsada, dado que en su país los tratamientos retrovirales no están generalizados. Pueblos Unidos puso a disposición del Juzgado de Internamiento los informes médicos que nos facilitó la interna y el Juzgado decretó el cese del internamiento.

La situación de los enfermos psíquicos origina en ocasiones graves distorsiones en la convivencia con el resto de internos, con policía y con el resto del personal del CIE.

L. repite reiteradamente la misma palabra. El Juzgado de Control ordena reconocimiento médico forense, resuelve que sea adecuadamente pautado su tratamiento, su permanencia en un entorno adecuado y pone en conocimiento del Juzgado de Internamiento el estado de salud del interno, el cual finalmente ordenó el cese del internamiento.

K. comparte habitación con siete internos. Sus compañeros se quejan de que K. no se ducha, que han intentado convencerlo para que lo haga, que escupe continuamente al suelo de la habitación, que parece ausente. El Juzgado de Control dictamina el reconocimiento del interno por el médico forense, que reconoce trastorno de tipo psicótico. Se recomienda que dada la patología sea correctamente pautado el tratamiento, permaneciendo en un entorno adecuado para ello. Liberado al día siguiente por la Policía.

Casos como éstos muestran que ni en la solicitud policial del internamiento ni en la autorización judicial del mismo se valoró el estado de salud de estas personas. Y también revelan deficiencias en la atención médica de estas personas en el CIE. En ninguno de los casos la Dirección del CIE había puesto en conocimiento del Juzgado de Control el estado de salud de estos internos, y en algunos casos ni siquiera habían sido derivados a los servicios hospitalarios para recibir atención médica especializada.

C) Los partes de lesiones

Recibimos periódicamente testimonios que denuncian malos tratos y lesiones, la mayoría de las cuales suceden con ocasión de los traslados al aeropuerto. El Reglamento establece la obligación de elaborar, en su caso, un parte de lesiones en el ingreso y el reingreso de los internos³⁴. Si en el reconocimiento se detectan lesiones, debe hacerse

³³ Memoria 2014 del Defensor del Pueblo: recomendación para que con 48 h. anteriores a la salida del CIE se realice reconocimiento médico con el fin de confirmar que no existe inconveniente desde el punto de vista médico para la repatriación por vía aérea o marítima, pág. 529.

³⁴ Art. 38.2 del RD 162/2014.

constar si son o no anteriores a la entrada en el centro y si habían sido descritas en el reconocimiento inicial. De no ser así, el servicio médico debe ponerlo en conocimiento del director y debe remitir el parte de lesiones al Juzgado de Instrucción.³⁵

A pesar del marco legal y de los pronunciamientos de los Juzgados de Control sobre este tema, hay enormes dificultades de acceso a los partes de lesiones por parte de los internos. En ocasiones los servicios médicos han dicho al interno que debe solicitar la copia al director; otras, se le ha indicado que tiene que solicitarlo su abogado o, en ocasiones, al juez. Hasta tenemos relatos que refieren que el servicio médico no entregó el parte de lesiones aduciendo que la lesión era autolítica. Otros internos refieren que se le aconsejó “por su bien” no insistir en reclamar el parte médico. ¿Cómo van a poder denunciar entonces presuntas agresiones?

Los jueces de control de Barcelona han recordado la obligación de entregar a los internos la misma información y en la misma forma que se entrega en la sanidad pública³⁶ y reiteran la obligación de la Dirección y del servicio médico del CIE de enviar al juzgado de guardia cuantos partes de asistencia médica se libren a internos asistidos por lesiones de origen traumático, sea cual sea su etiología.³⁷ Igual recomendación han emitido los Juzgados de Control de Murcia y el Defensor del Pueblo³⁸. En el CIE de Madrid, los Juzgados de Control han tenido que reiterar al director del servicio médico la obligación de entregar los partes “ [...], ya que todo interno asistido médicamente es un paciente médico con iguales derechos que cualquier otro ciudadano asistido médicamente, sin que sea necesario solicitar autorización previa del director del CIE”.³⁹

6. Ausencia de servicios sociales en varios CIE

Es **imprescindible dotar de servicios sociales a todos los CIE**. La asistencia social, jurídica y cultural se configura como un derecho de los internos tanto en la LOEX como en el Reglamento CIE, pero en la actualidad sólo existen en los CIE de Madrid y Barcelona.

³⁵ Art. 30.2 del RD 162/2014

³⁶ Auto del Juzgado de Control de Valencia (26/4/2011).

³⁷ Auto del Juzgado de Instrucción en funciones de control nº 1 y 17 de Barcelona (15/1/2014).

³⁸ Auto del Juzgado de Instrucción nº 9 en funciones de control de Murcia (16/07/2013) y Memoria 2014 del Defensor del Pueblo: se emite recomendación con modelo de parte de lesiones que debe estar en Centros de Internamiento, que se entregue directamente al interesado del mismo y al Juzgado de Guardia o de Control sin demora y que la remisión del mismo no se entregue a personas que ejerzan la custodia y, de ser así, que se realice en sobre cerrado (págs. 76 y 77).

³⁹ Auto del Juzgado de Instrucción nº 6 en funciones de control de Madrid (26/12/2013) ante una denuncia por agresión de un interno.

Los internos deben tener una entrevista a su ingreso con los servicios sociales. La dotación de medios para estos servicios, tanto en Madrid como Barcelona, no es acorde con el número de personas internadas y la importancia de su función.⁴⁰ La dotación actual es insuficiente ante la ocupación, la complejidad y la diversidad de los perfiles que hay en los CIE. Especial atención requieren las personas vulnerables⁴¹.

Los restantes CIE carecen de asistencia social, como ponen de relieve el Defensor del Pueblo y la Fiscalía: “Los CIE de Las Palmas y Algeciras carecen de servicio de asistencia social, que en este último se supe con el voluntarismo policial cuyos funcionarios asumen funciones ajenas a su cometido y por la colaboración de ONG diversas [...]”.⁴²

7. Asistencia letrada

Las personas internas suelen encontrar dificultades para acceder a los datos de su abogado, especialmente los internos que han sido trasladados desde otras ciudades. El Juzgado de Control de Barcelona⁴³ entendió que el extranjero se podía ver privado de su derecho a la defensa por la lejanía geográfica en la que se puede encontrar su letrado, por lo que ha resuelto permitir el acceso de otro abogado sin necesidad de designación previa, bastando la aceptación de la persona interna. En otros CIE como el de Madrid basta la autorización del propio colegio de abogados para permitir la visita. Los Juzgados de Control han ido resolviendo limitaciones que se producían en la práctica respecto a las comunicaciones con abogados, representantes diplomáticos y consulares del país⁴⁴.

Los Juzgados de Control de Madrid han establecido la obligación del centro de permitir el acceso a los notarios sin restricciones⁴⁵. Sin embargo, en 2014 hemos recibido de nuevo queja de dos notarios por haberseles dificultado la visita a internos, así como la prohibición de fotografiar a internos indocumentados, conforme al protocolo establecido para el Notariado en dichos casos.

En lo que se refiere a los servicios de orientación jurídica, el Ministerio del Interior sólo ha firmado un convenio para prestación de asistencia jurídica con el Colegio de

⁴⁰ Tres trabajadores sociales, un educador social y seis monitores en el CIE de Barcelona, según *Memoria 2014* de la Fiscalía General del Estado, pág. 393.

⁴¹ Art. 1.4 del RD 162/2014: “[...] menores, personas discapacitadas, ancianos, mujeres embarazadas, padres solos con hijos menores y personas que hayan padecido tortura, violación u otras formas graves de violencia psicológica, física o sexual”.

⁴² *Memoria 2014* de la Fiscalía General del Estado, pág. 393.

⁴³ Auto del Juzgado de Control nº 1 y 7 de Barcelona (15/01/2014).

⁴⁴ Art. 41 del RD 162/2014 de régimen de las comunicaciones.

⁴⁵ Acuerdo suscrito por los Juzgados de Control nº 6, 19 y 29 de Madrid (22/04/2010).

Abogados de Barcelona. En Madrid ya venía siendo prestado tal servicio por el Colegio de Abogados de Madrid, con resultados muy positivos, si bien no se ha llegado suscribir un convenio. Desgraciadamente, los convenios propuestos carecen de dotación económica, por lo que la carga económica de este servicio recae por ahora íntegramente sobre los colegios de abogados u otras administraciones públicas.

8. Derecho de comunicación y visitas

Las visitas en muchos CIE se llevan a cabo en locutorios con **mamparas de cristal que separan a las personas internas de sus familias y amigos**, y **teléfonos** para hablar uno con otro a través del cristal. Esto es más propio del sistema carcelario, en el cual no nos encontramos.⁴⁶ **Esta práctica es contraria al Reglamento y resoluciones judiciales**, que garantizan la intimidad de las visitas y establecen que, salvo orden judicial, se realizarán tan sólo con vigilancia visual.

En este sentido, los Juzgados de Control han resuelto que *“se considera que la existencia de mamparas y rejas que impiden el contacto físico entre los internos y sus visitantes limita gravemente el derecho a la intimidad, a la dignidad personal y a recibir un trato humanitario y no degradante, máxime cuando se trata de personas que están privada de libertad, no por haber cometido un delito sino sólo para ser expulsadas de España. Privar a los internos del último contacto físico aunque sólo sea una caricia o abrazo de sus familiares o amigos es poco humanitario y absolutamente evitable por parte del Estado”*.⁴⁷ Fruto de esta resolución, en 2014 se han retirado las mamparas y acondicionado las salas de visitas en el CIE de Barcelona.

Además, en el CIE de Madrid detectamos restricciones adicionales al derecho de comunicación sin amparo legal, como es la **restricción de una persona por visita**, salvo menores, que deben acudir acompañados de un adulto, y **que no se permita la visita a familiares por la mañana**.

Durante 2014, hemos sido testigos de cómo, en una ocasión, ¡todas las visitas fueron sancionadas colectivamente! porque sonó el móvil de uno de los familiares que estaban en el locutorio. En ese momento, el funcionario de control procedió a desalojar a todas las personas que estaban realizando visitas, al grito de que no se pueden tener móviles encendidos durante las visitas. Algunos familiares se habían desplazado desde otras ciudades para la visita. Este tipo de comportamientos genera enfado, frustración y desconfianza de los internos y sus familiares hacia las autoridades del CIE y hacia el Estado español en general.

⁴⁶ En el CIE de Madrid, al inicio de la visita se permite un breve abrazo con la mampara abierta en presencia de un funcionario de Policía, tras lo cual se procede al cierre de la misma.

⁴⁷ Auto del Juzgado de Control nº 1 y 7 de Barcelona (15/01/2014).

En relación a las comunicaciones telefónicas,⁴⁸ el Reglamento recoge la obligación de que haya teléfonos de uso público instalados en las zonas comunes que permitan tanto la realización como la recepción de llamadas. **No todos los CIE permiten la recepción de llamadas para hablar con los internos y es habitual que no todos los teléfonos funcionen.**⁴⁹ **Casi todos los CIE prohíben a los internos el uso de sus teléfonos móviles,** pese a la reclamación constante por parte de las personas internas y lo dispuesto por los Juzgados de Control, que establecen la obligación de permitir el uso de móviles en ciertas condiciones. Por el contrario, en el CIE de Murcia se permite el uso de móviles durante determinadas horas con total normalidad y sin que ello haya supuesto riesgo alguno para la seguridad del Centro.

9. Dificultades acceso de ONG

La Directiva de Retorno⁵⁰ recoge el derecho de acceso de las ONG a los CIE. La LOEX también establece un derecho recíproco de acceso y comunicación entre las personas internas y las entidades sociales. Sin embargo, la comunicación entre entidades sociales e internos sigue siendo difícil en algunos CIE. Algunos centros siguen sin tener un régimen claro y por escrito de visitas de ONG, o el que tienen funciona con dificultades. Los criterios de acceso en los distintos CIE son diferentes, dependiendo de cada director de centro y de las resoluciones de los Juzgados de Control, encontrándonos con limitaciones como que sólo se pueda tener acceso un solo día a la semana por entidad o que la comunicación se realice en locutorio con mampara.

10. Régimen interior. Vigilancia y seguridad. Medidas coercitivas

A) Régimen interior en el CIE

El director de cada CIE es quien aprueba los horarios y medidas de régimen interior, que constituyen las normas básicas de convivencia en cada CIE.⁵¹ Las actuales normas de régimen interior de cada CIE deben ser adaptadas urgentemente a las disposiciones del Reglamento.

B) Vigilancia y seguridad de los centros

Las cámaras dentro de los CIE están previstas en el Reglamento como una posibilidad, no como una obligación. Sin embargo, constituyen un elemento principal en el

⁴⁸ Art. 43 del RD 162/2014.

⁴⁹ *Informe anual 2013* del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, Defensor del Pueblo, apartado 66.

⁵⁰ Art. 16.4 de la Directiva 2008/115/CE.

⁵¹ Título IV (39-47) del RD 162/2014 de normas de convivencia y régimen interior.

control de posibles abusos. Y vistas las numerosas denuncias de los últimos años, son un elemento imprescindible para investigar las denuncias que se formulan. Además, la policía debería ser la primera interesada en tener cámaras de grabación y visualización como elemento de prevención y control de posibles abusos y para defenderse de acusaciones falsas. El Ministerio Fiscal ha señalado “el insuficiente periodo de conservación de las imágenes grabadas por los sistemas de video vigilancia” del CIE de Barcelona.⁵² Con ocasión de unos altercados ocurridos en el CIE de Madrid en 2013 por los que se sigue un procedimiento penal por presuntas agresiones policiales a dos internos, no se han aportado partes de las grabaciones aduciendo el CIE problemas de mantenimiento en el sistema de grabación.⁵³

Las actuaciones de vigilancia y seguridad pueden incluir registros de los dormitorios y de las personas. Hemos recibido quejas de los internos por registros de los dormitorios en ausencia de los propios internos y sin información previa ni posterior al registro por parte de la Policía. Los registros deben atender a los criterios de proporcionalidad, oportunidad y congruencia, y realizarse siempre en presencia de algún interno.⁵⁴

C) Medidas coercitivas con los internos

El Reglamento no especifica duración mínima ni máxima de utilización de medios coercitivos; sólo que se deben aplicar de manera proporcionada, únicamente cuando persista la actitud que lo provocó y cuando no haya otra medida menos traumática o más apropiada. Pero al no considerarse formalmente una sanción, no se enmarca en ningún procedimiento contradictorio, careciendo del correspondiente plazo de alegaciones para poder ser oído. Es preciso que los Juzgados de Control tomen en consideración este tipo de situaciones, llamando a declarar a la persona interna cuando sea necesario. En definitiva, tal y como ya habían resuelto los Juzgados de Control, se trata de garantizar el derecho de la persona interna en aislamiento a la información, traducción y recurso ante el Juzgado.⁵⁵

⁵² Memoria 2014 de la Fiscalía General del Estado, pág. 393.

⁵³ En cuanto a la grabación de las cámaras respectivas según el lugar de los hechos, el director del CIE ha informado de que no puede facilitar las grabaciones justamente de las horas a las que se produjeron los hechos (dos horas aproximadamente), facilitando las grabaciones de antes y después, ya que no se guardan las grabaciones de las cámaras en ese preciso momento.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo de 03/01/1995. El domicilio es, a efectos de protección, “cualquier lugar cerrado en el que transcurre la vida privada individual y familiar, sirviendo como residencia estable o transitoria”.

⁵⁵ Auto del Juzgado de Control nº 6 Madrid (20/12/2010).

Los Juzgados de Control⁵⁶ de Madrid han limitado la duración de la medida de aislamiento a 24 horas, salvo que persista en la actitud que lo haya motivado. En caso de estimarse necesario prolongarlo más de 24 horas, procede incoar un expediente sancionador, con audiencia del interno y con alegaciones escritas por su parte, comunicando el director por fax al Juzgado los motivos de la prolongación.⁵⁷

Por último, en relación con la entrada en los CIE de las Unidades de Intervención Policial (UIP), el Juzgado de Control de Barcelona ha establecido que debe informarse al juez de control en menos de cuatro horas desde el comienzo de los incidentes que motiven la intervención de las UIP, a fin de que el juez pueda investigar “si la causa de los disturbios radica en las malas condiciones que se den en cierto momento en el CIE”.⁵⁸

11. Presuntas agresiones y malos tratos

Los derechos vulnerados que hemos enumerado anteriormente afectan a la totalidad de la población interna en el CIE; por el contrario, las denuncias por presuntas agresiones y malos tratos responden a casos concretos que afectan a un número limitado de internos. Pero la gravedad de los hechos hace que constituya una realidad intolerable en torno a los CIE.

En 2014 hemos seguido recibiendo testimonios de presuntas agresiones policiales y malos tratos, especialmente con ocasión de los traslados al aeropuerto para ejecutar las expulsiones. No es un comportamiento generalizado entre los policías, pero se produce reiteradamente. El relato de los distintos internos es bastante similar, tanto en las condiciones de traslado al aeropuerto como en su descripción de los hechos y la actuación policial. Esta circunstancia, así como el hecho de que sean testimonios separados en el tiempo, son indicios de credibilidad de las denuncias.

A la gravedad de los hechos se suma que los mismos siguen estando amparados por actitudes de protección, distorsión de los hechos, ocultación, contradenuncia, negación de las filmaciones, que dificultan o imposibilitan su investigación y consecuente erradicación.

Siempre intentamos denunciar los hechos al Juzgado. En ocasiones, el terror de los internos a denunciar los hechos –temiendo nuevas represalias– o la rápida y “eficaz” actuación policial –expulsando fulminantemente a los internos que denuncian agresiones–, nos ha impedido llegar a presentar la denuncia.

⁵⁶ Auto del Juzgado de Control de Murcia (14/04/2012) y Auto del Juzgado de Control de Madrid (28/01/2010).

⁵⁷ Auto del Juzgado de Control de Madrid (11/02/2010).

⁵⁸ Auto del Juzgado de Control nº 1 y 17 de Barcelona (15/01/2014).

En diciembre 2013, la Fiscal adjunta al Fiscal de sala coordinador de extranjería y la Fiscal de extranjería de Madrid visitaron el CIE. En su visita varios internos refirieron el incidente ocurrido entre varios agentes de Policía y varios internos, manifestando que varios de los agentes insultaron y agredieron a dos internos. La Fiscal denunció los hechos por ser constitutivos de presuntas infracciones penales de lesiones, contra la integridad moral, maltrato y/o vejaciones. El juzgado reputó los hechos como faltas. La reconversión a faltas fue recurrida tanto por la Fiscalía como por la acusación particular. La Audiencia Provincial estimó los recursos y revocó dicha reconversión, calificándola de precipitada, ya que no se habían practicado diligencias básicas como el visionado de las grabaciones o la declaración como imputados de los agentes identificados. El procedimiento sigue en fase de instrucción.

Visitamos a M. tras recibir una llamada de ella misma a Pueblos Unidos en la que refiere que se ha negado a volar y que le han pegado e insultado. La encontramos con dificultades para moverse y su espalda muestra heridas y la marca de una bota o de una gran patada. Tiene el informe médico del aeropuerto. Al llegar al CIE también la reconocen en el servicio médico. Orina sangre. La trasladan al Hospital San Carlos, donde pasa la noche ingresada. Le dan el alta y el parte de lesiones. No dio tiempo a tomarle declaración, el Juzgado de Control se declaró incompetente y pasó la queja a reparto. Antes de ser repartida su denuncia, fue expulsada.”

No es un comportamiento generalizado de la Policía, sino situaciones aisladas. Pero echamos en falta medidas contundentes de prevención y control de tales prácticas por parte de la Comisaría General de Extranjería y Fronteras. Su clamorosa ausencia, unida a las dificultades de judicialización de los casos, genera una sensación de impunidad entre los funcionarios proclives a estos comportamientos.

Mucho más habituales son las quejas por el trato poco respetuoso de determinados funcionarios, que si bien no son generalizados, tampoco son corregidos.

Por último, las dificultades de identificar a los agentes de Policía es una queja generalizada en los CIE. Todas las personas que presten servicios en los centros deben ir identificados de forma visible⁵⁹ y hay resoluciones de los Juzgados de Control en este sentido.⁶⁰ A pesar de ello, en el CIE de Murcia los policías no se encontraban identificados durante una vista del Defensor del Pueblo.⁶¹ Y en el CIE de Madrid, aunque llevan placa identificativa, al ser los números tan pequeños, es prácticamente ilegible.

⁵⁹ Art. 49 del RD 162/2014.

⁶⁰ Auto del Juzgado de Control de Murcia (14/03/2012) y Auto del Juzgado de Control nº 6 de Madrid (14/01/2010).

⁶¹ Informe anual 2013 del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura, Defensor del Pueblo, pág. 80.

12. Peticiones y quejas

En la mayoría de los CIE no existe un mecanismo para que los internos puedan formular directamente peticiones y quejas al juez de control –sólo al director–, no hay impresos de quejas ni bolígrafos ni información a la entrada de cómo realizar dichas quejas. Y en los pocos que sí tienen un sistema de comunicación de los internos con el Juzgado, los internos introducen en un buzón sus quejas, pero no les queda constancia de cuando han solicitado o denunciado algo. Entendemos que ha de garantizarse que cada interno pueda obtener copia de las solicitudes, quejas o peticiones mediante, por ejemplo, modelos autocopiativos, con fecha y sello o firma del funcionario que los reciba. En tal sentido se contempla un libro-registro para peticiones y queja mediante impreso normalizado y numerados.

Las quejas deben ser remitidas con urgencia y confidencialidad a la autoridad a la que se dirijan o bien respondidas motivadamente.

13. Publicación de datos CIE

La oscuridad y falta de datos públicos ha sido una crítica constante en la historia de los CIE. El Reglamento establece que, anualmente, la Comisaría General de Extranjería y Fronteras publicará los datos relativos a la estancia y ocupación de cada centro. En junio 2015, fecha de este artículo, no han sido publicados los datos de 2014. **La publicación de datos sobre los CIE es necesaria para poder realizar un legítimo seguimiento y fiscalización de la política de expulsiones,** como ocurre con el resto de las políticas públicas.

Estimamos necesaria la publicación anual de los siguientes datos, por CIE y para el total de los CIE:

Nº de personas internadas

Nacionalidad y sexo

Expulsiones ejecutadas desde el CIE

Personas liberadas y motivos de la puesta en libertad

Estancia media

Infracción que motiva la expulsión

Detección de personas vulnerables (enfermas, demandantes de asilo, víctimas de trata, menores)

III. CONCLUSIONES

La situación de los CIE descrita en estas páginas refleja lesiones de derechos que van mucho más allá de la restricción de su libertad ambulatoria, que es lo que establece la Ley.

Estas situaciones se vienen denunciando desde hace años sin haberse solucionado, lo que muestra la desidia hacia los CIE por parte del Ministerio del Interior y su foco en los aspectos de control y seguridad. Con carácter general, la situación de los centros no ha mejorado en estos años y las quejas se repiten en el tiempo.

Las mejoras concretas que ha habido son fruto, en su mayoría, de resoluciones de los Juzgados de Control. Sorprendentemente, el Reglamento CIE ha despreciado la jurisprudencia emanada de dichos Juzgados de Control y no la ha incorporado al Reglamento, lo que hubiera mejorado y unificado las condiciones de estancia en los CIE y las garantías de los derechos de las personas allí internadas.

LOS JUZGADOS DE CONTROL DE CENTRO DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS DE MADRID: CREACIÓN, TRAYECTORIA Y RETOS

Ramiro García de Dios Ferreiro

Magistrado juez. Juzgado de Instrucción nº 6 de Madrid
Con funciones de control jurisdiccional del CIE de Aluche

RESUMEN DE LA PONENCIA: La presente contribución narra la creación y andadura de los juzgados de control del CIE de Madrid, en particular la experiencia del Juzgado de Instrucción núm. 6 de Madrid, incluyendo al tiempo una reflexión general sobre la función de control jurisdiccional de los centros de internamiento y sobre los obstáculos y retos a enfrentar en su desempeño.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. FUNCIONES DESARROLLADAS. III. JUEZ DE CONTROL Y REGLAMENTO CIE

I. INTRODUCCIÓN

Con carácter previo, pretendo exponer cómo entraron en funcionamiento los tres Juzgados de Control del Centro de Internamiento de Extranjeros en Aluche, Madrid, tan pronto la Ley Orgánica 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, creó la figura y función de los jueces de control.

Debido a la urgencia y necesidad de poner en marcha en Madrid los Juzgados de Control, el entonces Decano Don José Luis González Armengol, convocó una Junta de jueces de Instrucción con la finalidad de resolver la problemática que planteaba la referida Ley Orgánica.

En la Junta de jueces de Instrucción se llegó al convencimiento de que establecer un único Juzgado de Instrucción como juzgado de control, y por lo tanto, descargar las funciones exclusivamente sobre un solo juez, no haría precisamente fácil la tarea que habría de desempeñarse, ya que la sobrecarga de trabajo de los Juzgados de Instrucción de Madrid era de tal entidad, que difícilmente se podría compatibilizar ambas funciones exclusivamente por un solo juez de Instrucción, máxime cuando no estaba prevista la exención de carga de trabajo ordinario, y por otra parte el CIE de Aluche, tenía una

capacidad de internamiento para 280 personas y las funciones del juez de control, se tendrían que desarrollar además sobre la sala de inadmitidos del aeropuerto Adolfo Suárez Barajas.

Teniendo en cuenta dichas realidades, el entonces Decano, planteó que fuesen tres Juzgados de Instrucción los que desarrollasen las funciones de juez de control del CIE de Aluche y de la sala de inadmitidos, actuando cada Juzgado un mes en turnos sucesivos, de tal modo que en cómputo anual, cada Juzgado de Control, tuviese sus funciones durante cuatro meses al año.

La Junta, aprobó la propuesta, y dentro de la misma Junta se eligieron como jueces de control a los titulares del Juzgado de Instrucción nº 6, (quien firma estas líneas), a la magistrada Dña. María José García Galán, titular del Juzgado de Instrucción nº 19, y a Don. Antonio Viejo Llorente, titular del Juzgado de Instrucción nº 20.

A fecha de hoy, han cambiado los titulares de los Juzgados de Instrucción nº 19 y 20, que han sido sustituidos por los nuevos titulares, y asumido las funciones de juez de control, continuando quien redacta estas líneas como titular del Juzgado de Instrucción nº 6.

La razón del acuerdo de establecer tres Juzgados de Control, en turnos mensuales, no consistió exclusivamente en superar la problemática de la sobrecarga de trabajo, ya que se tuvo en cuenta que sería positivo que los tres jueces de Control estableciesen en sus reuniones iniciales unas pautas consensuadas de actuación, de tal modo que se evitasen resoluciones contradictorias entre los tres juzgados.

II. FUNCIONES DESARROLLADAS

Desde el primer momento los tres jueces nos pusimos de acuerdo en establecer unas pautas de actuación, presididas por la idea esencial de actuar como jueces de garantías de los derechos y libertades fundamentales de los internos y de los restantes derechos establecidos en el ordenamiento jurídico, teniendo en cuenta que las personas internadas únicamente están privadas de la libertad ambulatoria.

Acordamos realizar una primera visita conjunta al Centro de Internamiento de Madrid, Aluche, avisando previamente al director del centro.

Desde luego, la Dirección del centro se esmeró en que todas las dependencias estuviesen ordenadas y aseadas al máximo, pero ya desde esta primera visita, consistente en un recorrido meticuloso y analítico de las instalaciones del CIE constatamos las carencias del mismo.

Poco después, y sin previo aviso, realizamos una visita conjunta los tres jueces de Instrucción, y pudimos comprobar que la limpieza no era precisamente lo habitual, y que una parte de las instalaciones presentaba un aspecto deplorable.

De las referidas visitas conjuntas, concluimos de común acuerdo la existencia de deficiencias considerables en las condiciones de internamiento de las personas privadas de libertad en el CIE.

En particular, comprobamos con sorpresa la inexistencia de servicio médico, de servicio de enfermería, en suma, la ausencia de asistencia sanitaria en el centro.

De hecho, comprobamos que únicamente se avisaba al servicio municipal del Samur, y constatamos que ni tan siquiera cuando acudía el servicio del Samur, existía efectivamente facultativo médico dentro de los componentes del Samur.

Por todo ello, de inmediato se requirió mediante resolución conjunta, el establecimiento de un servicio médico, que constase cuando menos de un facultativo médico y de un diplomado en Enfermería, y que dicho servicio funcionase en horario de mañana y tarde, requiriéndose que en caso de asistencias nocturnas, la persona internada que solicitase asistencia médica fuese trasladada urgentemente al hospital más próximo.

Poco después, por los órganos administrativos del Ministerio de Interior, se contrató a un servicio médico externalizado y prestado por una empresa privada.

Dentro de los acuerdos tomados conjuntamente por los tres jueces de control, dictamos las resoluciones pertinentes para establecer los mecanismos de comunicación de las personas internadas con los Juzgados de Instrucción, ya que en el Centro de Internamiento la dirección no había establecido ningún sistema de comunicación, hasta el punto de que no se había informado a las personas internadas de la existencia de los jueces de control.

La primera medida fue requerir a la Dirección del Centro que se informase a todas las personas internadas de la existencia de los Juzgados de Control, y de su funcionamiento mensual, y de los números 6, 19 y 20 de cada Juzgado, asimismo, se requirió a la Dirección para que estableciese un buzón destinado al envío de cartas en sobres cerrados a cada uno de los Juzgados de Control en el mes de su funcionamiento, requiriéndose de la Dirección que las cartas conteniendo las peticiones y quejas y denuncias de las personas internadas, fuesen recogidas diariamente del buzón e inmediatamente y de modo directo fuesen presentadas en el Juzgado correspondiente, para evitar los circuitos retardatarios de los servicios de correos o de la Dirección General de la Policía.

Asimismo, cada uno de los Juzgados de Control facilitó los números de teléfono de cada Juzgado, para que las personas internadas que lo desearan y hablasen español, pudieran ponerse en contacto directo con cada Juzgado.

Al no existir servicio de fax reservado para las personas internadas, estimamos que era inútil ofrecer la comunicación por fax, ya que esta no tendría garantías de plena reserva.

En otro orden, y ya desde el primer momento, las personas internadas, de modo directo en visitas, o en trámites de audiencia, o en cartas por escrito, se quejaron de las dificultades intensas para comunicarse telefónicamente y para recibir llamadas telefónicas del exterior, y se nos puso en conocimiento que la Dirección del Centro no les permitía el uso de los teléfonos móviles a quienes los poseyeran.

Desde luego, las intensas dificultades de comunicación vía telefónica o de recepción de llamadas del exterior, hizo necesario que se adoptasen por nuestra parte, acuerdos requiriendo: la instalación de un número suficiente de cabinas telefónicas para realizar llamadas, y de un sistema suficiente que garantizase la recepción de las llamadas externas.

Es decir, la finalidad de nuestros acuerdos radicaban lógicamente en evitar la intensa incomunicación con el exterior que afectaba a las personas internadas, y que por lo tanto, les impedía no solo las comunicaciones con familiares, sino con abogados, o con ONGs o Asociaciones de asistencia y apoyo a inmigrantes.

También conjuntamente requerimos a la Dirección del Centro de que se permitiese a las personas internadas el uso de sus teléfonos móviles durante cuatro horas al día y se estableciese un sistema que garantizase el secreto de dichas llamadas telefónicas, y no se hiciese uso de los teléfonos móviles para obtener fotografías.

De las visitas al CIE de Madrid, Aluche, y de los trámites de Audiencia con personas internadas, constatamos también, la ausencia de información escrita a proporcionar a las personas internadas, un catálogo completo de sus derechos y deberes, y que estuviesen redactados en un amplio elenco de distintos idiomas, puesto que las personas internadas en el CIE de Aluche, eran nacionales de multitud de países y hablaban un gran número de lenguas, que no figuraban en los mínimos boletines de información existentes.

Se requirió a la Dirección del Centro para que se elaborasen dichos boletines de información de derechos y deberes, en todos los idiomas que constatamos eran hablados por los distintos nacionales de países diversos.

Se requirió también a la Dirección que dichos boletines de información de derechos y deberes, contuviesen la información de la existencia de los jueces de control y de los mecanismos para hacer llegar a los juzgados sus denuncias, peticiones o quejas.

En cuanto al modo concreto de actuar, decidimos la utilización tanto de las visitas sin previo aviso y entrevistas en el centro con personas internadas, como el traslado inmediato

al juzgado para la celebración de un trámite de audiencia en el que las personas internadas nos relataran y expusieran con detalle y precisión el contenido de sus denuncias, quejas y peticiones, y cuando fue necesario utilizamos intérpretes de los servicios del decanato o de los servicios externos, contratados por la Comunidad de Madrid.

En general, cuando hemos recibido cartas de las personas internadas, se dio respuesta mediante el trámite de Audiencias en el Juzgado, con el correspondiente traslado de la persona internada al Juzgado de modo inmediato.

En otro orden de análisis, desde el primer momento, y en un estudio riguroso y sistemático de la Ley Orgánica de Extranjería vigente, decidimos que la legitimación para presentar denuncias, quejas y peticiones ante los Juzgados de Control, no solo correspondía a las personas internadas, sino también a sus familiares y amigos, y por supuesto a sus abogados y a las ONGs y Asociaciones de apoyo y defensa de los inmigrantes.

De este modo, instauramos un sistema intenso y fluido de comunicación con las personas internadas, con sus abogados, y con las ONGs y Asociaciones de apoyo a los inmigrantes.

Las tareas y cometidos de dichas ONGs y Asociaciones, han tenido una especial relevancia, ya que al tener dichas ONGs un contacto directo con las personas internadas, se pudo por parte de los Juzgados de Control, contar con la colaboración auxiliar esencial de dichas entidades.

Ahora bien, fue preciso dictar resolución judicial, requiriendo y ordenando a la Dirección del Centro que permitiese el acceso directo de miembros de las ONGs y Asociaciones al Centro de Internamiento de Aluche, y las entrevistas directas y reservadas de dichos miembros con las personas internadas.

Hemos contado también con la colaboración del Servicio de Orientación Jurídica creado por el Colegio de Abogados de Madrid, para asistir e informar a las personas internadas dentro del propio Centro de Internamiento, y es menester destacar que dicho servicio de orientación jurídica, lo considerábamos imprescindible para evitar la palmaria indefensión afectante a multitud de personas internadas por Juzgados de Instrucción de lugares lejanos a Madrid, lo que hacía que por ejemplo, personas internadas por Juzgados de Instrucción de Galicia, de Asturias, etc., estuvieran en multitud de casos en situaciones de indefensión jurídica material.

En las reuniones iniciales los tres jueces de control, acordamos también que en supuestos de denuncias de carácter penal, bien por hechos atribuidos a agentes de policía, o bien por hechos entre personas internadas, o bien por hechos atribuidos a personas internadas contra agentes de policía, nuestro papel no sería el de asumir la competencia para la Instrucción de diligencias previas o de juicios de faltas, sino que

en caso de denuncias de personas internadas contra agentes de policía, nuestra función sería la de tratar con rapidez de pre constituir prueba, oír al denunciante, y en su caso, que fuese reconocido por el médico forense y oír a testigos, remitiendo después lo actuado al Juzgado decano para su reparto urgente entre los jueces de instrucción.

En suma, se trataba de superar las dificultades derivadas de que muchas personas internadas o testigos internados, fuesen expulsados y no se hubiere podido esclarecer los hechos de los que hubieran sido víctimas.

En relación con los contenidos de las denuncias, quejas y peticiones de las personas internadas, nos encontramos que muchos contenidos no eran competencia de los jueces de control, sino que por ejemplo, se referían a peticiones de libertad relativas al Juzgado de Instrucción que había acordado el internamiento de las personas.

Lógicamente, al carecer los Juzgados de Control sobre competencia en relación con lo resuelto sobre internamiento por un Juzgado de Instrucción, lo único que cabía legalmente realizar era oír a la persona internada, y recoger la documentación que nos entregase, y de inmediato trasladar todo lo actuado al Juzgado de Instrucción que hubiese acordado su internamiento para su conocimiento y resolución con total libertad de criterio.

En no pocos casos, y en función de la documentación remitida a los Juzgados de Instrucción que habían acordado internamientos, diversos Juzgados acordaron la puesta en libertad de las personas internadas, ya que la documentación remitida, permitió a dichos órganos judiciales variar su inicial resolución.

Otro tipo de tareas desarrolladas, han sido las de informar a las mujeres internadas en los CIE de los procedimientos en relación con víctimas de trata con fines de explotación sexual, mujeres víctimas de violencia de género y solicitantes de protección internacional.

Evidentemente, en estos casos, los cometidos realizados, han sido de tipo informativo a las personas internadas y de puesta en conocimiento de la Dirección del Centro de cada caso concreto, así como de la Fiscalía.

Otro cometido que hemos tenido que desarrollar ha sido el derivado de denuncias y peticiones relativas a que en el centro de internamiento se encontraban personas que alegaban ser menores de edad. En relación con tal problema, las actuaciones han consistido en celebrar urgentemente un trámite de audiencia con la persona que invocaba ser menor de edad, e inmediatamente ser examinado por el médico forense, y acto seguido el médico forense emitía un informe solicitando el traslado de la persona a un hospital para la realización de las pruebas oseométricas y demás pertinentes.

Una vez recibido el informe del hospital, se le trasladaba de inmediato al médico forense y este emitía el informe definitivo sobre minoría o mayoría de edad.

Cuando el médico forense dictaminaba que la persona internada era menor de edad, inmediatamente se ponía en conocimiento de la Dirección del Centro y de la Fiscalía, y por la Dirección del Centro en coordinación con la Fiscalía, se acordaba la salida del CIE y el traslado al centro de protección correspondiente. Es decir, en ningún caso el juez de control ordenaba la puesta en libertad, al carecer de competencia sobre tal extremo. Lamentablemente, han sido varios los casos de menores de edad que contraviniendo las prohibiciones legales han resultado internados, por haberse desatendido en su momento elementales reglas de prudencia y cautela.

Si hubiese que exponer un índice expresivo del conjunto de las denuncias y quejas y peticiones transmitidas a los Juzgados de control, y en concreto, al Juzgado de Instrucción nº 6, se haría necesario establecer un cuadro diferencial entre quejas o denuncias por malos tratos físicos o verbales de los agentes de policía sobre las personas internadas, de las denuncias o quejas relativas a las palmarias carencias de servicios asistenciales en el CIE de Aluche, Madrid.

En relación con las quejas o denuncias por malos tratos físicos de agentes de policía, sobre personas internadas, no han sido numerosas, por lo que en modo alguno se puede sostener la idea de existencia de malos tratos físicos generalizados.

Ahora bien, analizando el conjunto de denuncias, si resulta un número elevado de hechos de carácter vejatorio, humillante, desconsiderado o autoritario, fundamentalmente realizados de modo verbalizado por agentes de policía dentro del CIE.

Ciertamente, en los trámites de audiencia, ha habido un buen número de personas internadas que han referido la existencia de agentes de policía que dispensan un trato correcto e incluso informan y auxilian en lo que saben a los internos. Pero lamentablemente también, en los trámites de audiencia, celebrados en el Juzgado de Instrucción nº 6, un buen número de personas internadas, y de distintas nacionalidades, han coincidido en diversas etapas en relatar un buen número de malos tratos verbales constitutivos en principio de vejaciones fundamentalmente, aunque también se han relatado supuestos de injurias y amenazas.

La problemática que plantean estas denuncias radica en la extrema dificultad de identificar a los agentes de policía, ya que no pocos de ellos, y especialmente los autores de dichas infracciones intolerables, no llevan colocada la diminuta placa con el número de identificación o incluso no pocos de ellos se la colocan al revés para impedir su identificación, además, el diminuto tamaño de las plaquitas dificulta la visibilidad de los números y no pocos internos han relatado en los tramites de audiencia que cuando se acercaban al agente de policía para visualizar el número de la placa, el agente les ordenaba

que no se acercasen diciendo que tenían que mantener “distancia de seguridad”, obviamente, ello impedía la visualización de los números de identificación profesional.

Desde luego, como es sabido, y fácilmente se infiere del análisis de la legislación vigente en materia de derechos y libertades de los extranjeros (LOEx 4/2000 y sus sucesivas reformas), así como del 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 extranjeros, los centros de internamiento, aun cuando son definidos como establecimientos públicos de carácter no penitenciario, lo cierto es que desde la doctrina jurídica, y desde multitud de analistas, y de prácticamente todas las ONGs y asociaciones de ayuda y defensa de los inmigrantes, se ha considerado con sólidos y fundados argumentos que los CIE son de peor condición que los centros penitenciarios, hasta el punto de que un gran número de autores los definen como cárceles controladas por agentes de policía armados y sostenidos en un modelo policial autoritario que va configurando un espacio de sufrimiento para las personas internadas y un espacio de opacidad e impunidad.

Desde luego, las esperanzas que se pusieron en un reglamento de funcionamiento y régimen interior de los CIE, se han visto frustradas, ya que el modelo policial de los CIE no se ha visto alterado, y ni tan siquiera suavizado o corregido.

La aspiración de que toda la vida interior en los CIE fuese atendida exclusivamente por asistentes sociales, y que los agentes de policía tuviesen únicamente una función de vigilancia del perímetro del CIE o de las zonas de acceso, no ha sido atendida, y el marcado carácter autoritario derivado de un modelo policial difícilmente controlable, se ha mantenido en el vigente Real Decreto 162/2014, de 14 de marzo.

Otro tipo de quejas, planteadas con gran frecuencia por las personas internadas, han sido las relativas a las deficiencias de la prestación de la asistencia sanitaria por los facultativos médicos de los servicios privados externalizados que operan en el cie. Las quejas abarcan tanto las deficiencias en la asistencia y reconocimiento inicial de las personas que llegan al CIE de Madrid, Aluche, como de las personas que durante el tiempo de internamiento se ven afectadas de enfermedades de distinto tipo.

Un gran número de internos, especialmente latinoamericanos y en distintas épocas, en los trámites de audiencia, han definido a los facultativos médicos como “los doctores ibuprofeno”, calificativo ciertamente irónico, pero altamente elocuente.

En relación con los expedientes médicos e historiales clínicos, ha sido preciso dictar resoluciones ordenando a los facultativos médicos que entreguen a las personas internadas que lo pidan los documentos acreditativos de la asistencia médica y del diagnóstico.

Aun cuando las presentes consideraciones pudieran seguir incrementando el número de tareas desarrolladas, y la atención sobre centenares de personas internadas, lo cierto es que el cometido asignado por la organización del curso me impide, continuar haciendo un

relato pormenorizado y sistemático de las funciones desarrolladas, teniendo como norte la garantía de la dignidad de las personas internadas y el lograr la efectividad de sus derechos y libertades.

No obstante recordar, como me han manifestado muchos internos, que cuando en el CIE son llamados exclusivamente por su número, se sienten privados de la dignidad de ser llamados por su nombre.

Únicamente añadir lo siguiente: la reforma de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero, operada por la Ley Orgánica 2/2009 de 11 de diciembre, creó la figura del denominado juez de control de la estancia de los extranjeros en los Centros de Internamiento y en las salas de inadmisión de fronteras. Concretamente, el vigente artículo 62.6, establece; *“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”*.

El artículo 62 bis establece sin carácter exhaustivo los derechos de los extranjeros internados, ya que los derechos y libertades de los internados no se ciñen a los derechos fundamentales, sino a todo tipo de derechos reconocidos en el ordenamiento jurídico sin más limitaciones que las pudieran afectar a la libertad ambulatoria. En suma, el artículo 62 bis no constituye un catálogo cerrado de derechos y libertades. El artículo 62 ter, establece los deberes de los extranjeros internados. El artículo 62 quater regula la materia de información y reclamaciones.

III. JUEZ DE CONTROL Y REGLAMENTO CIE

El Real Decreto 162/2014 de 14 de marzo, aprobó el reglamento de funcionamiento y régimen interior de los Centros de Internamiento de Extranjeros. El juez de control, es mencionado en los siguientes artículos: 2-3; 3-1; 9-3-letras b, h y j; 13-3; 18-1 -letra e) y-2-; 19-1; 29; 33-1; 42-9; 55-2; 57-7.

No es cierto como se afirma en el apartado ii de la Introducción del Reglamento, (Real Decreto 162/2014), que sea “destacable” la regulación de la figura del juez competente para el control de la estancia en el cie. La realidad lamentablemente, enseña que la figura del juez de control no ha sido precisamente, entusiastamente recibida por el subsistema policial.

Las facultades judiciales del juez de control, no son cerradas, sino que la resolución de control ha de tener en cuenta cada caso concreto. En efecto, al juez de control, le compete conocer, sin ulterior recurso de las denuncias, peticiones y quejas que planteen las personas

internadas en cuanto afecten a sus derechos y libertades fundamentales, y en cuanto afecten al resto de derechos y libertades consagrados en el ordenamiento jurídico.

Por último recordar, que los CIE se crearon por la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España. Hasta finales del año 2009, no se crearon los juzgados de control de los centros de internamiento. Por ello, es preciso censurar que durante cerca de 25 años los Centros de Internamiento carecieran de un juez de garantías que diera satisfacción a las peticiones, denuncias y quejas de las personas internadas.

En relación con las salas de inadmitidos del aeropuerto de Madrid, Adolfo Suárez Barajas, las tareas de control son análogas, aunque el número de denuncias y quejas es notablemente inferior y en la actualidad, prácticamente inexistente.

No pretende ser este análisis exhaustivo, puesto que sobre el Centro de Internamiento de Aluche de Madrid, y sus carencias y los incumplimientos palmarios del propio Real Decreto se podría configurar un libro de centenares de páginas.

ESPECIAL CONSIDERACIÓN AL CIE DE ALGECIRAS

D. José Villahoz Rodríguez
Voluntario de Algeciras Acoge

RESUMEN DE LA PONENCIA: A pesar de que la ley de extranjería proclama que los CIE no tendrán un carácter penitenciario, el centro de internamiento de Algeciras se encuentra ubicado en una antigua prisión, en su día clausurada por no satisfacer las necesarias condiciones de habitabilidad. Desde hace años instituciones como el Defensor del Pueblo, la Fiscalía General del Estado o el Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura vienen poniendo de manifiesto sus deficiencias y solicitando su cierre, lo que contrasta con el gran número de extranjeros y extranjeras que pasan por este centro. Estas y otras peculiaridades, que se desarrollan en el presente trabajo, justifican la especial atención prestada a este Centro de Internamiento.

SUMARIO: I. PRIMER PERÍODO: NO HAY CIE EN LA ZONA. 1. Estancias e internamientos en calabozos; 2. Internamientos en prisiones. II. SEGUNDO PERÍODO: EL “CENTRO” DE TARIFA (1992-1993). 1. Las respuestas de las Administraciones ante la demanda de un CIE. III. TERCER PERÍODO: DE 1993 A 2003: SIN CENTRO DE INTERNAMIENTO.. 1. Estancias en el Polideportivo de Tarifa; 2. Estancias en la Isla de Las Palomas. IV. CUARTO PERÍODO: DE 2003 A LA ACTUALIDAD. 1. ¿El centro de internamiento de extranjeros de Tarifa?; 2. Estancias en dependencias policiales; 3. Estancias en dependencias de una nueva Comisaría de Policía; 4. Estancias en el Polideportivo de Tarifa. V. EL CENTRO DE INTERNAMIENTO DE ALGECIRAS “LA PIÑERA”. 1. Las personas que se ingresan en el CIE de Algeciras; 2. La asociación “Algeciras Acoge” y el CIE actual de Algeciras; 3. Resumen de actividades de “Algeciras Acoge” relativas al CIE en 2014; 4. Nuestras preocupaciones sobre el CIE de Algeciras. 5. Anexo.

En 1985 se constituye el llamado grupo de Schengen (Alemania, Francia, Holanda, Bélgica y Luxemburgo) con el objetivo de suprimir las fronteras interiores en Europa y a la vez, controlar de forma más estricta las fronteras exteriores.

España, al ingresar en la C.E., después Unión Europea, se convierte en uno de los pasos fronterizos más importantes de Europa, la puerta de entrada de África al continente europeo. Apenas trece kilómetros entre ambos continentes.

Hasta el año 1991 los nacionales de los países del norte de África no necesitaban visado para entrar en España, por lo que el tránsito hacia España estaba normalizado.

Por exigencias comunitarias el Estado español establece el visado para los nacionales de Marruecos, Argelia y Túnez para entrar en España. Desde el mes de mayo de 1991, todas las personas, nacionales de Marruecos o no, procedentes de ese país, deberían portar el correspondiente visado para entrar en España o en Europa, que venía a ser lo mismo. Lo que, en la práctica, significó cerrar la puerta a todas las personas que venían del continente africano hacia Europa.

Ya no se podía entrar a Europa de forma “legal”. Y las personas que anhelaban ir a Europa deciden entrar de la forma que sea, a costa de lo que sea. Empezábamos a hablar de “pateras” y, un poco más tarde, de “cayucos”. El mar Mediterráneo, que nos separaba, iba a ser el medio a través del cual muchas personas que decidían emigrar iban a intentar conseguir su sueño. En demasiadas ocasiones ese “sueño” terminaría frustrado, bien porque las personas morían en el intento, bien porque eran detectadas y detenidas al intentar entrar en España.

Sueños, que entonces y ahora no eran más que intentos por escapar de las situaciones tan extremadamente negativas en las que vivían y viven (guerras, hambrunas, violencia de todo tipo- étnica, de género, - dictaduras y ausencia de libertades, condiciones precarias de vida, etc.), y que una y otra vez chocan con las barreras legales que se imponen desde Europa.

En este contexto se promulgan leyes de “extranjería” y se crean centros de internamiento o de detención de extranjeros en todos los estados del continente europeo. La primera “ley de extranjería” de España data del año 1985 y en ella se establecía la medida cautelar del “internamiento en centros especiales de personas extranjeras” que se encontraran en situación irregular, careciendo de la documentación adecuada o que hubieran entrado o intentado entrar por lugares no habilitados para ello.

Y es también en ese contexto espacial, de cercanía con África, desde donde debemos hablar de los internamientos y detenciones de personas extranjeras que se han venido produciendo en esta zona, no solo en Algeciras, sino en la comarca de este entorno conocida con el nombre de “Campo de Gibraltar”. Hoy no se puede hablar del Centro de Internamiento de Extranjeros de Algeciras sin mencionar lo que han supuesto estos treinta años en la aplicación de esa medida en esta zona.

Tenemos por delante, como se podrá comprobar, una historia de desaciertos, de improvisaciones por parte de las administraciones y, lo que es peor, de vulneraciones más que probables de la legalidad y de una absoluta falta de respeto a los derechos y a la dignidad de las personas migrantes.

Distinguiremos cuatro períodos en toda esta historia:

I. Hasta marzo de 1992: no hay CIE en la zona.

II. Marzo 1992 a octubre de 1993: el “centro” de Tarifa.

III. De 1993 a 2003: No hay CIE en la zona.

IV. De marzo 2003 a la actualidad: CIE Algeciras y de ¿Tarifa?

I. PRIMER PERÍODO: NO HAY CIE EN LA ZONA

En el año 1991 se constituye la asociación “Algeciras Acoge” y se empieza a tener conocimiento de que las personas migrantes que llegaban de forma “irregular” a la costa de la provincia de Cádiz en embarcaciones, una vez interceptadas, estaban siendo internadas en Comisarías de Policía y en cuarteles de la Guardia Civil, e incluso en Prisiones.

1. Estancias e internamientos en calabozos

Se lee en el Informe Anual 1991 y debates en las Cortes Generales, del Defensor del Pueblo de España. ISBN:84-606-0836-0, en relación a la habilitación de centros de internamientos que *“las medidas adoptadas resultan aún insuficientes”* y que *“estas insuficiencias se hacen más patentes en localidades como Algeciras y La Línea de la Concepción, recientemente visitadas por asesores de esta institución, donde los teóricos centros de internamientos se concretaban en los calabozos de las comisarías y puestos de la guardia civil, con los problemas que ello conlleva y la falta de acondicionamiento de estas dependencias para una estancia para unas detenciones prologadas”*.

En el diario comarcal Europa Sur de 20 de agosto de 1992 se decía *“Del centenar de inmigrantes que esperaban ser repatriados, 80 se encuentran en el Centro de Internamiento de Tarifa, mientras que los 20 restantes están reclusos en los calabozos de la Comisaría de Policía de La Línea”*.

Años después seguía hablándose de las Comisarías de Policía como espacios de internamiento: *“En la provincia de Cádiz no existe ningún centro específico destinado a tal fin, por lo que tras la llegada de estos extranjeros son trasladados a los calabozos de la Comisaría de Algeciras y, en las épocas de mayor afluencia, son habilitados otros calabozos policiales e, incluso, los calabozos de la guardia civil y el polideportivo de Tarifa”* (Informe Anual 2000 y debates en las Cortes Generales, del Defensor del Pueblo de España. ISBN: 84-7943-185-7 (Obra completa).

2. Internamientos en prisiones

El Informe Anual 1992 y debates en las Cortes Generales, del Defensor del Pueblo de España. ISBN: 84-606-1303-8 dice: *“Durante la visita que asesores de esta institución realizaron al Centro Penitenciario Preventivo de Cádiz en el Puerto de Santa María II, se comprobó que, pese a todas las advertencias y con notoria infracción del ordenamiento jurídico, alguno de los internos estaba ingresado en el expresado centro con motivo de la*

Instrucción por la autoridad gubernativa de un expediente administrativo de expulsión...cuyo internamiento había sido acordado por los Magistrados Jueces de Instrucción de Cádiz”. Y más adelante se recoge que “el director de la prisión provincial reconoció que en noviembre de 1991 había trece extranjeros ingresados por aplicación de la Ley de Extranjería en el mismo módulo que los presos comunes”.

II. SEGUNDO PERÍODO: EL “CENTRO DE TARIFA” (1992-1993)

Lo hemos denominado simplemente “Centro de Tarifa”, porque no hay constancia de disposición legal que hubiera acordado su creación como “Centro de Internamiento de Extranjeros”.

“La Administración,... ante la cada vez más numerosa llegada de inmigrantes, logró que la Junta de Obras del Puerto de Algeciras cediera unos locales- una especie de almacenes- en el puerto de Tarifa para instalar de forma “provisional” un Centro de Internamiento de Extranjeros. Y, así, en el mes de febrero de 1992 llegaron a este Centro los primeros extranjeros detenidos”. (Memoria 1992 de la asociación “Algeciras Acoge”). Las instalaciones tenían 5 duchas y 5 lavabos y dos grandes dormitorios, en un recinto totalmente cerrado sin espacio exterior alguno y con una capacidad aproximada para 80 personas.

El Centro carecía de lo más imprescindible, ni siquiera útiles para el aseo personal, elementos de ocio- ni una simple televisión-, ni teléfono público, ni trabajador social o intérprete,... Solo dos o tres policías nacionales de custodia.

Se autorizó la entrada en el centro a la ONG “Algeciras Acoge” que llevó para uso de las personas internas jabón, toallas, cepillos de dientes, ropa y calzado, medicinas, juegos de mesa, libros y diccionarios, etc.; No había nada ! Además de esta ayuda inmediata y urgente, se intentaba desde nuestra asociación que los derechos de los internados fueran respetados y que el Centro estuviera en mejores condiciones de habitabilidad.

Las condiciones del Centro eran tan deplorables que las denuncias al Defensor del Pueblo se multiplicaron por parte de “Algeciras Acoge”. Dice el Informe del Defensor del Pueblo de 1992 que “el centro de internamiento de Tarifa pese a su provisionalidad estaba perfectamente limpio y con duchas y que ninguno de los internos había sobrepasado los cuarenta días de internamiento” ¡Faltaría más! ... “y recibían la visita periódica de alguna organización no gubernamental” (en referencia a “Algeciras Acoge”). “No obstante carecían de espacio para esparcimiento, debiendo permanecer todo el tiempo en el mismo local”. Y, en ese mismo informe se propone al Ministerio del Interior que “debería adecuarse un espacio en el centro de Tarifa para que los extranjeros allí internados puedan salir al exterior durante unas horas, evitándose los procesos de degradación psíquica o depresión a la que hacía referencia el responsable sanitario del servicio exterior”.

En el Informe Anual 1993 del Defensor del Pueblo Andaluz. Publicado el 11 de Septiembre de 1992 se dice que *“el Ministerio Fiscal giró visita al centro en marzo de 1992 emitiendo informe en el que se expresa que la asistencia sanitaria está precariamente atendida y la higiene deja mucho que desear”*.

Lo cierto es que en el mes de octubre de 1993 el Centro de Tarifa termina cerrando, probablemente debido a la imposibilidad de solventar las deficiencias del mismo.

1. Las respuestas de las Administraciones ante la demanda de un CIE

Durante estos años, 1991 a 1993, el Defensor del Pueblo de España mostraba en sus informes su preocupación por la “provisionalidad” del centro de Tarifa e instaba a la Administración a la construcción de un CIE en la zona del Estrecho de Gibraltar.

Las respuestas dadas se recogen en el Informe del Defensor del Pueblo de España de 1992 y, una vez más demuestran la falta de interés de la Administración por mantener unas condiciones mínimamente dignas para los extranjeros internados.

Respuesta del Gobierno Civil de Cádiz: *“Que el tema preocupa hondamente al Gobierno Civil y buena prueba es que ha promovido la construcción de un centro de internamiento en la zona portuaria de Algeciras que tendrá una capacidad para noventa internos y un presupuesto aproximado de doscientos cincuenta millones de pesetas y en fase de próxima contratación”*.

Respuesta del Ministerio del Interior: *“En la actualidad se encuentra redactado y supervisado un Proyecto de Centro de Internamiento de Extranjeros en Algeciras para sustituir las instalaciones provisionales de Tarifa. El nuevo Centro se edificará sobre una parcela perteneciente al Puerto de Algeciras, con un presupuesto de 1.336.994.544 pesetas y un plazo de ejecución de doce meses”*.

Estos dos proyectos nunca se hicieron realidad, comprobándose de nuevo que las falsedades y las mentiras de las Administraciones en relación a la construcción de un CIE en esta zona eran la norma habitual.

III. TERCER PERÍODO. DE 1993 A 2003: SIN CENTRO DE INTERNAMIENTO

En esta década, en la que no hay oficialmente un CIE en esta zona, no significa que no haya habido “retenciones” o “internamientos” de una más que dudosa legalidad. Nos referimos al Polideportivo de Tarifa y a las instalaciones militares en desuso de la Isla de Las Palomas, también en Tarifa.

1. Estancias en el Polideportivo de Tarifa

Lo que en los primeros instantes era un punto de atención urgente y humanitaria, fundamentalmente de tipo médico, se fue convirtiendo en otro espacio más de estancia o de retención no legal de los inmigrantes que llegaban a las costas de Tarifa y alrededores.

Recordamos la referencia que se hacía del Informe del Defensor del Pueblo de España del año 2000: “... en las épocas de mayor afluencia se habilitan otros calabozos policiales e, incluso, los calabozos de la guardia civil y el polideportivo de Tarifa”.

Una información del diario ABC de 20 de agosto de 2001 decía: “La llegada de otros 183 africanos desborda el centro de acogida de Tarifa. Las autoridades han tenido que habilitar el polideportivo de la ciudad”.

2. Estancias en la Isla de Las Palomas

En realidad no es una verdadera isla ya que se encuentra unida a la ciudad de Tarifa por una carretera de unos doscientos metros. En la antigua isla hay unas viejas instalaciones militares, que también empiezan a utilizarse como centro de “primera asistencia” de inmigrantes y termina siendo un verdadero centro de internamiento de extranjeros sin reconocimiento legal alguno.

Resalta en la información ofrecida por los medios de comunicación la utilización de eufemismos para suavizar la realidad de estos espacios de internamiento de extranjeros. Un ejemplo lo tenemos en las noticias que a continuación se recogen, donde se denomina “dependencias para inmigrantes” y “centro para la recepción de inmigrantes”.

A título de ejemplo: El Mundo, de 28 de diciembre de 2001: “Los indocumentados fueron trasladados a las dependencias para inmigrantes de la isla de las Palomas, unas antiguas instalaciones militares ubicadas en el término de Tarifa”. Y el diario ABC, el día 21 de agosto de 2003: “Ayer fueron localizados otros 58 en Tarifa... el contingente fue trasladado al centro para la recepción de inmigrantes Isla de las Palomas en Tarifa, donde algunos fueron tratados por el médico ante síntomas de mareo”.

En este periodo se publica la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999 sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros. [en línea] Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/1999/02/24/pdfs/A07681-07688.pdf> que regulaba el funcionamiento de los centros de internamiento de extranjeros. Sin embargo esta norma llegaba “tarde” y “mal”. *Tarde* porque llegaba casi veinte años después de la creación de los CIEs por la primera ley de extranjería; y *mal* porque el rango de disposición (orden ministerial) no era el adecuado para una norma que limita o restringe derechos a las personas y porque el Tribunal Supremo anularía una parte de su articulado.

Destacamos en este momento la Disposición adicional segunda de dicha Orden: “Creación de los Centros de Internamiento de Extranjeros de Madrid, Barcelona, Valencia, Málaga, Las Palmas y Murcia”. No aparece Algeciras.

De nuevo en año 2001 se vuelve a hablar de la construcción de un CIE en Algeciras. Se lee en el Informe Anual 2002 y debates en las Cortes Generales, del Defensor del Pueblo de España. ISBN: 84-7943-218-7 (Obra completa) que “la previsión presupuestaria es cercana a los dieciséis millones de euros, que se aplicará a la reforma de los siete centros existentes y al comienzo de las obras para la construcción de dos de nueva creación, uno en Santa Cruz de Tenerife y otro en Algeciras”. Como es sabido nunca comenzaron las obras del CIE de Algeciras.

IV. CUARTO PERÍODO: DE 2003 A LA ACTUALIDAD

Se ha señalado el año 2003 como comienzo del último periodo porque es en ese año cuando abre sus puertas el actual Centro de Internamiento de Extranjeros, llamado “La Piñera” por encontrarse en la barriada de La Piñera de Algeciras.

La prisión de Algeciras cierra sus puertas en el año 2000 al haberse construido un nuevo centro penitenciario en las afueras de la ciudad. El edificio que albergaba la vieja cárcel, que ya no valía para prisión, se considera apto como centro de internamiento de extranjeros y empieza a funcionar como tal en marzo de 2003 y continúa en la actualidad.

La primera irregularidad la encontramos desde sus comienzos. Como se decía, este centro empieza a funcionar como tal en el mes de marzo de 2003, siendo visitado ese mismo año por el Defensor del Pueblo. Pero no se crea **;Hasta noviembre de 2006!** En efecto, en la ORDEN PRE/3483/2006 del Boletín Oficial del Estado de 16 de noviembre de 2006 por la que se crean los centros de internamiento de extranjeros de Santa Cruz de Tenerife, Algeciras y Fuerteventura; en la motivación de la norma se dice: “... creación en determinadas ciudades de nuevos centros”, y en la parte dispositiva: “Se crean los centros de internamiento de Santa Cruz de Tenerife, Algeciras (Cádiz) y Fuerteventura”.

Es decir, que todos los internamientos de extranjeros producidos desde marzo de 2003 a noviembre de 2006 en el CIE de Algeciras, podrían haber sido acordados de una forma absolutamente “irregular” o de “dudosa legalidad” , al haberse autorizado el ingreso, que incluía la privación de libertad, en un centro que formalmente NO EXISTIA.

Antes de entrar a valorar las características del actual CIE de La Piñera de Algeciras, es preciso mencionar que en este último periodo no solo se han producido internamientos de extranjeros en ese Centro; de nuevo hay que hablar de “estancias” o “retenciones” o de “aparentes internamientos” de inmigrantes en dependencias policiales de Algeciras, en las instalaciones militares de la Isla de Las Palomas y en el Polideportivo de Tarifa, o dicho de otra manera en espacios que no reunían las condiciones legales de un CIE.

1. ¿El centro de internamiento de extranjeros de Tarifa?

Se han puesto los signos de interrogación dada la escasa claridad sobre la condición jurídica de las instalaciones de Tarifa. En documentación de carácter oficial parece que son dos centros de internamiento en unos casos; y en otros, se dice que se trata de un único centro, el de Algeciras, y que el de Tarifa es un “anexo” o una “prolongación” del de Algeciras. A fecha actual sigue sin aclararse la condición legal de esas instalaciones; y no se puede olvidar que la “Orden PRE de 2006” citada, creaba el Centro de Internamiento de Extranjeros en una determinada “ciudad”, la ciudad de Algeciras. Tarifa es otra ciudad.

Veamos algunas de las referencias que sobre estas instalaciones hace el Defensor del Pueblo de España: En primer lugar, en su Informe Anual 2006 y debates en las Cortes Generales, del Defensor del Pueblo de España. ISBN: 978-84-7943-309-3 (o.c.). *“dado que existe la posibilidad de convertir el recinto en un centro de internamiento con carácter permanente, se giró una visita de inspección a las obras... y por lo que parece va a reproducirse el aspecto carcelario del centro de internamiento de Algeciras... Su empleo como centro de internamiento no resultaría viable salvo que previamente se acometiera una reforma integral de las instalaciones”*.

En el Informe Anual 2006 y debates en las Cortes Generales, del Defensor del Pueblo de España. Madrid, 2007. ISBN: 978-84-87182-58-7 (vol. I) con título *“Instalaciones policiales de la isla de las Palomas en Tarifa (Cádiz)”*, donde se dice: *“a todos los efectos estas instalaciones tienen el carácter de un centro de internamiento... sin embargo se ha obviado el hecho de que su creación ha de realizarse a través de la correspondiente orden ministerial... Debe pues, con carácter prioritario, determinarse la condición jurídica de estas dependencias y conocer el régimen de utilización que se pretende tengan...”*.

Esta falta de definición legal y jurídica de las instalaciones de Tarifa había sido denunciada en algunas ocasiones por la asociación “Algeciras Acoge”, obteniendo por respuesta que era “una prolongación provisional del CIE de Algeciras”(Respuesta dada en 10 de enero de 2007 por el Fiscal Coordinador del Destacamento de Algeciras).

El Reglamento de 2014, que regula el funcionamiento y régimen interior de los CIE, establece en el art. 5.2 que solo *“cuando concurren situaciones de emergencia que desborden la capacidad de los centros, podrán habilitarse otros centro de ingreso temporal o provisional”*.

En la actualidad las instalaciones de Tarifa se encuentran en mejores condiciones que las del CIE de Algeciras. Existe una única dirección del CIE en Algeciras y en la mayoría de ocasiones aparece como “anexo” al de Algeciras (por ejemplo en los autos que autorizan los internamientos se dice: *“... o en su caso anexo de Isla de las Palomas”*). En los últimos meses este centro se encuentra reservado para extranjeros varones infractores de la “Ley de extranjería”.

Lo cierto es que las dependencias de Tarifa no reúnen ni la condición de “provisional”, pues son ya años los que lleva funcionando como CIE, ni la condición de “anexo” del CIE de Algeciras, pues se encuentra a 23 kilómetros de éste.

2. Estancias en dependencias policiales

Durante los años 2006 y 2007 llegó a utilizarse un antiguo cuartel militar, ya en desuso, en Algeciras como lugar de internamiento y de retención y que estaba siendo utilizado por la Policía Nacional. En el diario 20 minutos de 6 de junio de 2006 se decía: *“Tras un primer reconocimiento médico y después de recibir algo de comida, los inmigrantes fueron trasladados al Centro de Estancia de Extranjeros Eras de las Torres de Algeciras (Cádiz)”*. En el diario El País de 22 de octubre de 2007: *“Hace dos semanas se fugaron de la comisaría provisional de Era de las Torres”*.

De nuevo improvisaciones y más que probables irregularidades que afectaban a los derechos de las personas migrantes, pues hay que recordar que la posibilidad de ingresos temporales o provisionales, en situaciones de emergencia, solo esta admitida legalmente desde la entrada en vigor del Reglamento de 2014, y no antes.

3. Estancias en dependencias de una nueva Comisaría de Policía

Una nueva Comisaría de Policía en Algeciras, pendiente de ser inaugurada y sin servicio también sirvió de espacio para la retención de inmigrantes. Se puede leer en El País de 22 de octubre de 2007: *“... La última cifra ha llegado a los 550 internos repartidos en el CIE, la isla de las Palomas en Tarifa y la nueva comisaría de Algeciras. Los calabozos de esta última llevan un mes con 150 internos en sus instalaciones, mientras a su alrededor los obreros descargan material a marchas forzadas.”*

Otra vez, detenciones y retenciones de extranjeros en lugares de dudosa legalidad.

4. Estancias en el Polideportivo de Tarifa

Después de algunos años, de nuevo se ha vuelto a producir en Tarifa la “retención/detención/internamiento” de personas migrantes en el Polideportivo de Tarifa en el mes de agosto de 2014. Volveremos a hacer mención de estos hechos al final de esta comunicación.

V. EL CENTRO DE INTERNAMIENTO DE ALGECIRAS “LA PIÑERA”

Es muy difícil entender cómo este establecimiento, que ha sufrido tantas críticas de organizaciones sociales, de instituciones y organismos nacionales y de instituciones internacionales, continua abierto.

A modo de ejemplo, vemos algunos de los informes del Defensor del Pueblo, así como de otras instituciones nacionales e internacionales:

En el Informe Anual 2003 y debates en las Cortes Generales, del Defensor del Pueblo de España. Madrid, 2003, se dice, entre otras cosas, que: *“la idoneidad del centro está en parte lastrada por la propia estructura carcelaria de las instalaciones. El Defensor del Pueblo debe insistir en que este modelo no resulta válido ni adecuado para un centro de internamiento”*.

En el Informe GIL-ROBLES, Álvaro. Comisario de Derechos Humanos sobre su viaje a España y en particular, al País Vasco (5-8 de Febrero de 2011), para el Comité de Ministros y la Asamblea Parlamentaria, Consejo de Europa, marzo de 2011, sobre su visita a España en marzo de 2005, dice: *“En mi visita a los CIEs, no pude dejar de apreciar cierta concepción penitenciaria en la organización de los mismos (el de Algeciras está ubicado, de hecho, en una antigua prisión) y la primacía de los elementos de seguridad sobre otras consideraciones”*.

El Informe de 2006 del Defensor del Pueblo hace referencia a que *“debe reiterarse que ese modelo no resulta válido ni adecuado para un centro de internamiento”*. Y en otro espacio del Informe se dice que: *“ya se indicó que instalar un cristal separador en la sala de visitas era una medida de seguridad no proporcionada a la naturaleza del centro, y a pesar de eso este elemento ha sido finalmente instalado. El Defensor del pueblo debe lamentar esta falta de atención a sus planteamientos, sin que se aprecien razones de fondo que lo justifiquen”*.

El Informe Anual 2008 y debates en las Cortes Generales, del Defensor del Pueblo de España. Madrid, 2009. ISBN: 978-84-87182-58-7 (vol. I) dice que *“sus instalaciones no resultan adecuadas para una estancia digna de los extranjeros,... sus estructuras le imprimen un marcado carácter carcelario. Los inodoros se encuentran dentro de las celdas, sin tabique de separación, lo que impide preservar la intimidad y dificulta notoriamente la convivencia”*.

Por otra parte la Fiscalía General del Estado también se ha pronunciado sobre el CIE de Algeciras. Y así en la Memoria de 2009 se puede leer: *“Los informes más negativos son los correspondientes un año más a los CIE de Algeciras y de Málaga. En lo concerniente al CIE de Algeciras en lugar de tratarse de un edificio destinado a custodiar a extranjeros sometidos al derecho sancionador administrativo tiene la apariencia de una prisión orientada al castigo y rehabilitación de delincuentes”*.

En un Informe elaborado por la Comisión de Libertades Civiles, Justicia e Interior del Parlamento Europeo de marzo de 2008 se decía, tras visitar, entre otros, el CIE de Algeciras que: *“los extranjeros son sometidos a un sistema excesivamente estricto de detención de tipo penitenciario que incluye el encierro casi permanente en celdas. La degradación en las condiciones de detención es particularmente grave en los centros de Algeciras, Fuerteventura y Málaga, donde a la mala situación de los inmuebles se suma la ausencia de equipamientos básicos, tales como falta de ropa o botiquines sanitarios”*.

En la Memoria de la Fiscalía General del Estado publicada en 2014 se menciona “*la general vetustez del CIE de Algeciras*”, y que este mismo CIE carece de servicio de asistencia social.

Además, diferentes organizaciones sociales, como “Pueblos Unidos”, Asociación Pro Derechos Humanos, Amnistía Internacional, CEAR, la Federación Andalucía Acoge o Migreurop, entre otras muchas, han venido denunciando durante años el funcionamiento de los centros de internamiento de extranjeros en España en general y del CIE de Algeciras en particular, así como las condiciones físicas del mismo.

Finalizamos con lo expuesto en el Informe Anual 2010 y debates en las Cortes Generales, del Defensor del Pueblo de España. Madrid, 2011, como *Mecanismo Nacional de prevención de la Tortura*. Tras la suscripción por el Estado español del Protocolo Facultativo de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, adoptado por la Asamblea de las Naciones Unidas en Nueva York, el 18 de diciembre de 2002, las Cortes Generales decidieron a finales de 2009, atribuir la condición de Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura para España al Defensor del Pueblo.

En dicho Informe se dice: “*Respecto al CIE de Algeciras (Cádiz), que ocupa edificaciones de la antigua prisión provincial, ha de señalarse que no reúne las condiciones mínimamente adecuadas, por lo que debería procederse a su cierre inmediato*”.

Continúa el Informe: “*Por su parte el CIE de Málaga tampoco se ajusta a los parámetros exigibles a un centro de su naturaleza. El centro tiene graves problemas estructurales. Por lo anterior, se estima que este CIE debe ser cerrado*”.(Página 114 de la Memoria 2010 del Defensor del Pueblo).

Nos ilustraremos con unas breves referencias al Informe:

“257. *Las puertas de los dormitorios son... de barrotes en el de Algeciras*”.

“259. *La ventilación es adecuada en todos los CIE, excepción hecha del de Algeciras, donde resultó muy deficiente*”.

“260. *El estado de limpieza en general es correcto. Durante la visita a las dependencias de Algeciras se comprobó el deficiente estado higiénico de los espacios destinados a los internos*”.

“265. *No se adoptan medidas especiales para el caso de mujeres embarazadas,... El día de la visita al CIE de Algeciras se encontraban internadas tres mujeres extranjeras en estado de gestación,... y las condiciones higiénicas y de vida observadas en el módulo de mujeres no pueden considerarse adecuadas y mucho menos para aquellas que se encuentran en estado de gestación*”.

“268. Debe garantizarse que la temperatura del agua de los lavabos y duchas resulte adecuada, lo que no sucedía en algunos CIE visitados, como, por ejemplo, Algeciras”.

“269. Existe en general una dotación de sábanas, mantas y toallas en buen estado higiénico... Sin embargo, en el CIE de Algeciras no se suministran, justificándose en razones de seguridad. Esta justificación no se consideró suficiente”.

“284. Durante la visita al CIE de Algeciras, en las entrevistas mantenidas con varias mujeres, estas indicaron que no habían alcanzado la mayoría de edad... y se constató que constaba el resultado de las correspondientes pruebas oseométricas sobre la base de las cuales el fiscal había establecido la presunción de mayoría de edad de estas personas... y que los fiscales reclamen que los informes médicos sean más completos y rigurosos”.

La contundencia del Informe no deja lugar a dudas. Y el cierre del CIE de Málaga se ha hecho realidad y, sin embargo, continúa en funcionamiento el CIE de Algeciras, el único de Andalucía.

Además de lo expresado anteriormente, hay otras circunstancias que caracterizan al CIE de Algeciras, que lo hacen diferente a los otros CIE:

A) La Ley 4/2000, determina que los centros de internamiento de extranjeros “no tendrán carácter penitenciario”. Pues bien, el CIE de Algeciras tiene todo el carácter penitenciario posible, dado que sus instalaciones se corresponden con la antigua prisión de Algeciras.

B) El CIE de Algeciras es el único de Andalucía y es el más cercano al continente africano.

C) El efecto criminalizador de los CIE en las personas migrantes tiene mayor impacto en Algeciras. Los vecinos de la ciudad observan que, en lo que ha sido “la cárcel de toda la vida”, y que se encuentra en el interior del casco urbano, se interna a personas de nacionalidad extranjera. El pensamiento de los vecinos es del estilo siguiente: “Si están ahí, en la cárcel, algo malo habrán hecho”.

D) El CIE de Algeciras cuenta con dos espacios, en dos municipios diferentes, separados entre sí 23 kilómetros, y un único Director en Algeciras.

E) El CIE de Algeciras es el más lejano de los aeropuertos desde donde se materializan las expulsiones. Las expulsiones se realizan por vía aérea, tanto a países africanos como a países latinoamericanos, y parten la mayoría desde el aeropuerto de Madrid. Desde el punto de vista económico parece que la solución del CIE de Algeciras no es la más acertada.

F) Las condiciones tan deplorables de las instalaciones del CIE de Algeciras, que impiden una atención mínimamente digna a las personas internadas, como ya ha sido puesto de manifiesto en esta comunicación.

Hasta ahora se ha valorado el CIE de Algeciras como espacio físico donde se interna a personas extranjeras. Ahora nos interesa conocer a quiénes se interna en ese Centro.

1. Las personas que se ingresan en el CIE de Algeciras

Es el momento de hablar de las personas que llegan a este centro de internamiento; y comprobamos que en el mismo se interna a personas que, con carácter general, reúnen unas “condiciones especiales”.

En primer lugar, nos referiremos al número de personas que ingresaron en el CIE de Algeciras, y teniendo en cuenta que los dos CIE en España donde se internan a más personas son los de Madrid y Algeciras, se establecerá una comparación entre ambos que proporcionará los elementos de juicio necesarios para analizar la situación actual.

	1Nº personas internadas en CIE	1CIE Algeciras	1CIE Madrid
Año 2013	Total de todos los CIE : 9.002	2.484	2.694
Año 2014	Total de todos los CIE : 7.286	1.994	1.930

Se observa que ha habido un descenso en el número de extranjeros internados en los CIE de nuestro país, y por otra parte, que el CIE de Algeciras se ha convertido en el pasado año en el centro que más ingresos de extranjeros ha realizado.

El CIE más criticado es donde más extranjeros son internados!

Veamos otros datos aportados por el Ministerio del Interior, con referencia al año 2014, sobre la “media de días de estancia” en los CIE.

CIE	Media de estancia (Días)
Algeciras	30,52
Barcelona	27,57
Madrid	19,64
Murcia	28,94
Valencia	25,78
Las Palmas	23,6
Tenerife	26
Total	26,1

El CIE de Algeciras, el más infravalorado y cuestionado, es el que retiene durante más tiempo a las personas internadas en el centro.

La procedencia de las personas internadas en el CIE de Algeciras aporta cierta peculiaridad. Lo veremos también, en relación al CIE de Madrid, teniendo en cuenta que las cifras de internamiento son las más similares.

Internados CIE Algeciras 2013 África Subsahariana	1.414	56,90 %
Internados CIE Madrid 2013 África Subsahariana	942	34,90 %
Internados CIE Algeciras 2014 África Subsahariana	1.206	60,50 %
Internados CIE Madrid 2014 África Subsahariana	666	34,50 %

Se observa cómo el ingreso de personas extranjeras que son originarias de países de África Subsahariana en el CIE de Algeciras, en los dos últimos años, constituyen una cantidad que supera ampliamente el 50 %, no llegando al 40 % en el CIE de Madrid.

El perfil de las personas internadas en el CIE de Algeciras ofrece también otra serie de particularidades que se resumen a continuación.

a) Las personas internadas en los CIE, por lo general, llevan un tiempo considerable residiendo en la ciudad o en lugares cercanos al Centro. A modo de ejemplo, el 66 % de las personas internadas en el CIE de Madrid en el año 2014 llevaban residiendo más de cuatro años en España (Informe sobre CIE 2013 de “Pueblos Unidos”).

b) Las personas internadas en el CIE de Algeciras en 2014 de origen subsahariano, el 60,5 % de los internados, nunca llegaron a residir en España. Habían intentado llegar por medio de embarcaciones y fueron interceptados por la Policía Nacional o la Guardia Civil.

c) Estas personas de origen subsahariano internadas en el CIE de Algeciras llegan al Centro, en la mayoría de los casos, en unas condiciones verdaderamente lamentables, en comparación con las personas que entran en otros CIE. Muchas de estas personas acaban de cruzar el Estrecho y llegan con una sensación notable de angustia y miedo: miedo por el peligro físico al que se han visto sometidas en la travesía, miedo a las mafias y a los explotadores que, en ocasiones van en el mismo viaje y miedo a ser deportadas al haber entrado de forma irregular.

d) En “*La inmigración irregular española procedente de Marruecos*” de Juan A. Cebrián y Mohammed Charef (2007) se dice que la “*duración de la estancia de los inmigrantes subsaharianos en tránsito en Marruecos es de uno a tres años como mínimo en el 65 % de los casos, más de tres años en el 25 % de los casos y menos de un año en el 10 % del total*”. A lo que habría que añadir el tiempo en llegar desde cada uno de esos países subsaharianos a Marruecos. Un larguísimo viaje, el proyecto migratorio, que en no pocos casos viene

acompañado de innumerables peligros como la explotación sexual o laboral, conflictos bélicos, persecuciones raciales o violencia de género, entre otros.

e) El “sueño” de llegar a Europa de muchas de estas personas se ve frustrado al ser interceptadas por los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado. Poco tiempo después serán ingresadas en el CIE de Algeciras. Muchas de estas personas no saben dónde se encuentran, por qué están allí, ni cuál es su destino, se encuentran desorientadas y casi siempre con ausencia de cualquier información sobre su situación. Por el contrario, las personas que ingresan en otros CIE, al llevar un tiempo considerable en España, conocen que es un CIE y el papel que juegan estos Centros.

f) La situación de mayor vulnerabilidad en las personas internadas en el CIE de Algeciras, en comparación con otros CIE es evidente.

g) No son pocos los casos encontrados en este CIE de mujeres víctimas de trata y de personas que presuntamente son menores de edad.

Señalamos el número de mujeres de origen subsahariano que entró en los CIE en orden de importancia durante el año 2013:

Internados CIE Algeciras 2013 África Subsahariana	1.414	56,90 %
Internados CIE Madrid 2013 África Subsahariana	942	34,90 %
Internados CIE Algeciras 2014 África Subsahariana	1.206	60,50 %
Internados CIE Madrid 2014 África Subsahariana	666	34,50 %

Se observa que en el CIE de Algeciras ingresó un número mayor de mujeres subsaharianas y en una proporción mayor sobre el total de internas.

2. La asociación “Algeciras Acoge” y el CIE actual de Algeciras

Aunque nuestra posición en torno al CIE es la de pedir su cierre al entender que la medida del internamiento, una auténtica privación de libertad, no debe aplicarse en casos de infracción administrativa, siempre hemos querido intervenir en el Centro con la única finalidad de mejorar la estancia de las personas allí internadas, en tanto en cuanto permanezca abierto.

Nuestra actividad en el CIE de Algeciras no ha estado exenta de dificultades, resumiéndose en las siguientes:

A) En el año 2003 se abre el CIE y tendrían que pasar varios años hasta que se nos permitiera el acceso al mismo.

B) Justificándose en razones de seguridad, dada la presencia de extranjeros penados en el CIE desde el año 2010, se imponían criterios muy restrictivos para nuestra visita a las personas extranjeras infractoras administrativas.

C) Los continuos cambios en la dirección del Centro daba lugar a un “empezar de o” en relación a nuestras visitas al CIE, pues lo hablado o acordado con un determinado director, no tenía validez para el director que le sucedía.

3. Resumen de actividades de “Algeciras Acoge” relativas al CIE en 2014

La actividad de “Algeciras Acoge” se ha centrado en el CIE de la Piñera en Algeciras, donde se interna a las mujeres. La mayoría de los hombres infractores administrativos de origen subsahariano se internaban en las instalaciones de Tarifa (La Isla de las Palomas).

Nº total personas atendidas: 100. Mujeres: 85; hombres: 15.

Tipo de intervención: Entrevistas con internos/as, con familiares, con otras organizaciones. Gestiones con instituciones en relación al CIE: con la administración del CIE, con el Director del CIE, con Policía, con abogados, con Fiscalía y con el Juez de Control.

Se ha trabajado en este año fundamentalmente en un programa dirigido a la *detección y atención de posibles víctimas de trata*. De las 85 mujeres que entraron en el CIE (la mayor parte habían llegado en embarcación de manera irregular por Tarifa, Almería y Motril), se seleccionó en un primer momento a 53 por reunir un perfil bastante cercano al de “víctima de trata” (basado en la edad, nacionalidad y ruta migratoria), aunque solo se pudo entrevistar con cierta profundidad a 35 de ellas, habiéndose encontrado “indicios de víctima de trata de seres humanos” en 25.

De las entrevistas realizadas a estas mujeres se llega a las siguientes conclusiones:

- A) Que su viaje migratorio ha estado marcado por la explotación de todo tipo.
- B) Que no se plantean la posibilidad de ser expulsadas. ¡Ya han llegado a Europa!
- C) Que no se reconocen como víctimas de violación de derechos humanos.

En la actualidad esta intervención en el CIE con mujeres posibles “víctimas de trata” se lleva a cabo por las ONG “Algeciras Acoge” y “Proyecto Alma”.

Los últimos acontecimientos: Retenciones irregulares en Tarifa en agosto 2014

A las costas de Tarifa (Cádiz) llega entre los días 11 y 12 de agosto un número importante de personas inmigrantes de origen subsahariano, de las que aproximadamente 250 se encontraban retenidas y custodiadas por la Guardia Civil en un pabellón deportivo de la ciudad, del cual no podían salir, a fecha 20 de agosto. Tampoco se permitía el libre acceso de los ciudadanos al local.

La abogada de la asociación “Algeciras Acoge” presentó solicitud de inicio de oficio de Procedimiento de “Hábeas Corpus” al Juzgado de Guardia de Algeciras, que se denegó al considerarse que no existió privación de libertad! Contra esta resolución se interpuso “recurso de amparo constitucional” que ha sido admitido a trámite en el pasado mes de abril.

Se ha traído a colación este hecho, como una demostración más del escaso interés en proteger los derechos y la dignidad que como personas tienen todas las personas migrantes, en el CIE y en cualquier otro lugar donde se prive de libertad a personas que han infringido una simple norma administrativa.

4. Nuestras preocupaciones sobre el CIE de Algeciras

A) Nos preocupan las autorizaciones judiciales que se conceden para los internamientos. El Tribunal Constitucional viene declarando que esta medida tiene un carácter excepcional, y “... *la libertad debe ser respetada, salvo que se estime indispensable la pérdida de su libertad por razones de cautela o de prevención que habrán de ser valoradas por el órgano judicial*” (STC 144/1990). En Algeciras, se autorizan entre el 90% y el 95 % de las solicitudes de internamiento interesadas por la Policía.

B) También ha declarado el Tribunal Constitucional que constituye “*una garantía adicional que trata de evitar que el extranjero sea sometido al tratamiento propio de los centros penitenciarios*”, cuando el internamiento tiene lugar en establecimientos con ese carácter, como es el CIE de Algeciras.

C) Por ello consideramos que habría de tenerse en cuenta, cuando se autorizan los internamientos, por una parte la condición de las personas respecto de las cuales se solicita la medida (vienen del África Subsahariana en condiciones de especial precariedad y vulnerabilidad); y por otra parte, las condiciones en las que se encuentra el CIE donde se autoriza el internamiento.

D) Las resoluciones que autorizan estos internamientos apenas se encuentran motivados, exigencia que también ha venido recordando el Tribunal Constitucional. Casi siempre se utilizan “modelos” para todos los casos, en los que solo se cambia el nombre de la persona, sin tener ni siquiera en cuenta aspectos tan fundamentales como la nacionalidad de la persona interesada o las circunstancias del intento de entrada en territorio nacional. Y se recuerda que “*el órgano judicial adoptará su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, como la causa de expulsión invocada, o la situación legal y personal del extranjero*” (STC 115/87).

E) También preocupan las escasas solicitudes, desde la provincia de Cádiz, de protección internacional, en comparación con otros lugares. Así, con referencia al año 2013 (según datos de CEAR y del Ministerio del Interior) el número de solicitudes llegó a 4.513 en

España. Estas medidas se solicitaron desde las embajadas (206), puestos fronterizos (381), CIE (306) y territorio nacional (3.609).

En la provincia de Cádiz, teniendo en cuenta que tiene el único CIE de Andalucía y que es puesto fronterizo, solo se contabilizaron 68 solicitudes, y de éstas, solo 27 correspondían a personas de origen subsahariano en el CIE de Algeciras, de un total de 1.414 internados de ese mismo origen. En otras provincias de Andalucía, sin CIE y sin puesto fronterizo, las cifras de solicitantes de origen subsahariano son superiores; por ejemplo en Huelva 98 solicitudes, Córdoba 50 o Jaén 45. La muy probable ausencia de la información necesaria y las condiciones en las que entran esas personas en el CIE de Algeciras podrían explicar estos datos.

Otro motivo de preocupación lo constituye la atención prestada en el CIE a dos colectivos especialmente vulnerables: los menores y las mujeres posibles víctimas de trata de seres humanos.

Sobre las personas presuntamente menores de edad ingresadas en el CIE de Algeciras, se señala que, a pesar de que en ocasiones se ha trasladado nuestra preocupación a las autoridades competentes por la estancia de menores en el Centro después de haber mantenido entrevistas con ellas, la respuesta siempre ha sido negativa.

A pesar de que la Fiscalía General del Estado ha instado a los fiscales para que “reclamen que los informes médicos sean más completos y rigurosos”, en la práctica en Algeciras se resuelve la cuestión con una simple radiografía de muñeca que realiza el médico de guardia del hospital público y con unas escuetas palabras del estilo “se trata de una persona mayor de 18 años”; método muy cuestionado en la actualidad y calificado de muy inseguro por las autoridades científicas y por los médicos forenses, sobre todo en relación a los jóvenes subsaharianos.

Se han dado casos de reconocimiento de la minoría de edad, en Madrid por ejemplo, respecto de personas que habían sido tratadas como mayores al llegar a España, llegando a estar internadas en el CIE de Algeciras.

H) En relación a las mujeres internadas es motivo de preocupación la inexistencia de un protocolo de actuación en el CIE para atender a las posibles víctimas de trata. El derecho de las personas internadas establecido en el art. 16.2 c) del Reglamento de 2014, sobre “protección internacional o cuando sea víctima de violencia de género, de trata de seres humanos o de violencia sexual”, queda absolutamente en entredicho. Tenemos conocimiento de casos en que se procede a poner en libertad a la persona sin protección alguna con el riesgo que ello supone de una “nueva explotación” ya en Europa; y de otros casos en los que, sin poner en marcha la protección a la que tienen derecho, se expulsa a las mujeres, con las consecuencias de evidente peligro para su integridad física al encontrarse de nuevo en su lugar de origen, donde en muchas ocasiones comenzó su explotación, violándose el principio de no devolución al territorio en que su vida pueda correr peligro.

I) Los internados en Tarifa, infractores administrativos, se encuentran a una distancia considerable de Algeciras, que es donde se encuentra el Director del CIE. Esto dificulta notablemente las posibilidades del interno de ejercitar plenamente algunos de los derechos que se establecen en el Reglamento de 2014, como por ejemplo, la de mantener una entrevista personal con el Director del centro (art. 20 del Reglamento).

J) Por último, después de un año de vigencia del Reglamento de 2014, absolutamente en nada se ha cumplido en el CIE de Algeciras la previsión de la “Disposición transitoria única” de dicha disposición, que determinaba ese plazo de tiempo para adaptar el Centro a lo dispuesto en el mismo, dotándolo de los recursos materiales y humanos que se preveían.

Terminamos con las palabras de Sami Naïr y de Javier de Lucas, catedráticos de Ciencias Políticas y de Filosofía del Derecho respectivamente, en un artículo titulado “*La vergüenza del Mediterráneo*”, subtítulo “*Hay que garantizar los derechos humanos de los inmigrantes detenidos*” publicado en El País de 24 de abril de 2015: “*Uno de los motivos que más preocupa, realmente una vergüenza para España y que debería ser corregido sin más tardar, concierne a la situación de los derechos humanos de la personas internadas en los Centros de Internamiento de Extranjeros, CIE, creados por la LO de Extranjería de 1985*”.

5. Anexo

Se ha publicado en la última semana de este mes de mayo el Balance 2014 Lucha contra la inmigración irregular del Ministerio del Interior. Es preciso tener en cuenta, por su interés, algunos de los datos contenidos en ese documento.

a) Inmigrantes llegados a las costas españolas por medio de embarcación

Año 2013	Año 2014
3.237	4.552

4.552	Península	Canarias
	4.256	296

Una parte importante de esas 4.256 personas fueron ingresadas en el CIE de Algeciras, donde se produjeron 1994 internamientos.

b) Repatriaciones en el año 2014

Denegaciones entrada	8.109
Readmisiones	1.067
Devoluciones	4.121
Expulsiones	7.696

Expulsión 7.696	Cualificadas	No cualif.
	6.557	1.139

De nuevo, otro año más, el Ministerio del Interior plasma en su *Balance de la Lucha contra la Inmigración Ilegal* cierta confusión con los datos que ofrece. En el apartado “expulsiones” se refiere a las expulsiones decretadas, no a las expulsiones materializadas.

Las personas que ingresan en el CIE de Algeciras procedentes de África que han sido interceptadas tratando de entrar en territorio español por medio de embarcaciones se corresponden con el apartado de “devoluciones”. Es preciso recordar que las personas ingresadas en los CIE durante 2014 fueron 7.286, siendo ejecutada la expulsión de 3.483 extranjeros y habiéndose puesto en libertad a 3.930, lo que significa que más de la mitad de las personas migrantes que pasaron por un CIE salieron libres.

LA INVESTIGACIÓN DE LOS TRATOS INHUMANOS Y DEGRADANTES EN EL CIE

Julián Ríos Martín

Profesor de Derecho penal en Universidad Comillas (ICADE)

RESUMEN DE LA PONENCIA: Aunque sea de forma excepcional, los tratos inhumanos y degradantes existen en los CIE y su gravedad es tal que resulta prioritaria su prevención y sanción. Sin embargo, la investigación de estos hechos tropieza con importantes dificultades, que se ponen de manifiesto en este trabajo. En él además se analiza el marco jurídico existente y señalan criterios de intervención, haciendo especial hincapié en la importancia de los informes médicos de lesión.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONTENIDO JURÍDICO DE LOS TRATOS DEGRADANTES Y TORTURAS. III. LAS DIFICULTADES DE INVESTIGACIÓN. IV. CRITERIOS DE INTERVENCIÓN. V. CUESTIONES RELATIVAS A LOS INFORMES DE LESIONES MÉDICOS.

I. INTRODUCCIÓN

Los tratos inhumanos existen en los Centros de detención para extranjeros (CIE), aunque sea de forma excepcional. Las tensiones que se viven en lugares cerrados, en los que las personas se encuentran hacinadas, son causa de tensiones psíquicas y físicas que desembocan en actos violentos que han de ser controlados por los agentes de custodia. Estos, a veces, intervienen con la fuerza mínima imprescindible y, en ocasiones, no. En estos supuestos es donde aparecen los malos tratos o torturas. Su frecuencia solamente es conocida, con absoluta certeza, por aquellos quienes presuntamente las han sufrido y por quienes las han causado. Como veremos más adelante, algunas de las características de los malos tratos y de la tortura son su difícil detectabilidad y perseguibilidad. Los argumentos oficiales para negar la existencia de torturas y/o tratos inhumanos o degradantes son, por un lado, que las personas detenidas se autolesionan para denunciar posteriormente a los agentes y, por otro, que las lesiones son directamente provocadas por una violencia policial proporcional y necesaria ante la resistencia de la persona encerrada. Ambas justificaciones son ciertas, pero no siempre. A ello se le añade la frecuente denuncia de los agentes denunciados para poder defenderse de la acusación de maltrato, de violencia previa del extranjero internado en el CIE. Esto origina un procedimiento penal contra el interno, que

puede acabar en condena. Obviamente en muchas ocasiones la violencia previa o posterior del ciudadano es cierta, pero en otras ocasiones no¹.

II. CONTENIDO JURÍDICO DE LOS TRATOS DEGRADANTES Y TORTURAS

El art. 15 de la Constitución Española, 1978 establece la prohibición de aplicar "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" (Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 120/90 de 27 de Junio, 57/94 de 28. de febrero, Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, núm. 196/2006 de 3 de Julio).

La Constitución prohíbe tres conductas: torturas, penas o tratos inhumanos y penas o tratos degradantes. Todas son, en su significado jurídico "*nociones graduadas de una misma escala*" que en todos sus tramos entrañan, sean cuales fueran los fines, "*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*" Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 137/1990 de 19 de Julio.

Estas conductas, en el Código penal, se engloban bajo el concepto de "delitos contra la integridad moral", entre los que se encuentra la tortura (art. 174 CP). Para que concurra este delito tiene que existir los siguientes elementos:

1. Una conducta que consista en causar sufrimientos físicos o mentales, o en la supresión o disminución de facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o que de cualquier otro modo atenten contra la integridad moral. Por tanto, los actos de tortura y/o conductas que atenten contra la integridad moral comprenden todos los métodos coercitivos o de compulsión, pero no sólo el empleo de violencia física, sino también la amenaza, la coacción directa en la obtención de una confesión y cualquier medio que suponga una coacción o compulsión, incluso jurídica, en el sentido de contraposición de consecuencias jurídicas gravosas contra los intereses jurídicos de la persona acusada por el solo hecho de no colaborar con la actuación investigadora de las autoridades (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 304/2008 de 5 de Junio de 2008).

¹ En este sentido, Amnistía Internacional ha llegado a la conclusión de que, en muchos casos de malos tratos que ha investigado, las personas que presentan denuncias de malos tratos a manos de la policía han sido a su vez acusadas de resistencia hacia ellos, resistencia a la detención, atentado u otros delitos graves. Personas que han presentado denuncias en tales casos han referido a Amnistía Internacional que creían que tales acusaciones se habían formulado para presionarlas o intimidarlas a fin de que retirasen sus denuncias, o que se habían utilizado como táctica para menoscabar la credibilidad de sus denuncias y testimonios 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 12 to 19 December 2005, CPT/Inf(2007)30, párr. 54.

En cualquier caso, se requiere que la causación de un padecimiento físico o psíquico en la víctima, sea degradante o humillante y afecte a la dignidad. En este sentido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) recuerda que un maltrato debe alcanzar un grado mínimo de gravedad para caer bajo el peso del artículo 3 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante CEDH), de 4 de noviembre de 1950. La apreciación de este mínimo es relativa por definición; depende del conjunto de las circunstancias del caso, y en particular de la duración del trato, de sus efectos físicos y/o mentales así como, en ocasiones, del sexo, de la edad y del estado de salud de la víctima.

2. El sujeto activo que debe ser una autoridad o funcionario público, que hubiese actuado con abuso de su cargo, aprovechándose de la situación de dependencia o sometimiento en la que se encuentra el sujeto pasivo.

3. La finalidad de la conducta cometida por el policía: obtener una confesión o información de cualquier persona, o bien de castigarla por cualquier hecho que hubiera cometido o se sospeche que ha cometido (Sentencia del Tribunal Supremo núm. 701/2001, de 23 de abril de 2001; Sentencia del Tribunal Supremo, núm. 1685/2003, de 17 de diciembre de 2003; Sentencia del Tribunal Superior, núm. 1391/2004, de 26 de noviembre de 2004).

III. LAS DIFICULTADES DE INVESTIGACIÓN

Cuando existe una denuncia de tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes sufridos bajo la custodia de autoridades policiales, los acuerdos internacionales firmados por España y el art. 15 CE, exigen la necesidad de que se agoten cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos. El valor superior de la dignidad humana puede verse comprometido cuando un ciudadano se encuentra provisionalmente bajo la custodia física del Estado. Es en estas situaciones cuando hay que acentuar las garantías para que el ordenamiento constitucional pueda amparar al ciudadano fácticamente desprotegido ante cualquier sospecha de excesos contra su integridad física o moral (Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, núm. 224/2007 de 22 de Octubre de 2007). Como recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, núm. De 9 de Febrero de 2004, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que «cuando un detenido es puesto en libertad con evidencia de maltrato, el Estado está obligado a proporcionar las explicaciones necesarias sobre las heridas y que de no existir tales incurre en violación del art. 3 CEDH (RCL 1999, 1190, 1572) .

Para valorar si existe una sospecha razonable de tortura, o de trato inhumano, o degradante, es necesario tomar en consideración las circunstancias concretas de cada caso en el contexto propio de este tipo de denuncias:

1. Estos delitos son cometidos en espacios de aislamiento, donde la víctima no puede aportar pruebas, salvo su testimonio. Por ello, el Juez, en cuanto exista un mínimo indicio de que una persona ha sido víctima de este delito, tienen que iniciar la investigación. En estos casos, la tutela judicial puede exigir así que se inicie o avance en una investigación allí donde quizás en otro tipo de supuestos podría advertirse una base insuficiente. A esta exigencia responden los estándares de «queja demostrable» (STEDH de 11 de abril de 2000, *Sevtap Veznedaroglu c. Turquía*, § 32), «sospecha razonable» (STEDH de 16 de diciembre de 2003, *Kmetty c. Hungría*, § 37) y «afirmación defendible» (STEDH de 2 de noviembre de 2004, *Martínez Sala y otros c. España*, § 156) utilizados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos para desencadenar la obligación judicial de una investigación oficial y eficaz. Se trata de que las sevicias denunciadas sean «aparentemente verosímiles» (STC 224/2007, de 22 de octubre).

2. En estos delitos existe una notable “desigualdad de armas” debido a la peculiar situación psicológica del denunciante y a la cualificación oficial de los denunciados. Por ello, el Juez debe ser firme frente a la posible resistencia o demora en la aportación de medios de prueba. Asimismo debe solicitar diligencias de prueba a instituciones que se sitúen al margen de las instituciones afectadas por la denuncia.

También debe tener en cuenta la presunción, a efectos indagatorios de que las lesiones que eventualmente presente el detenido tras su detención y que eran inexistentes antes de la misma sean atribuibles a las personas encargadas de su custodia.

3. El Tribunal Constitucional ha reiterado, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre este particular (por todas, SSTEDH de 16 de diciembre de 2003, caso *Kmetty c. Hungría*, § 37; de 2 de noviembre de 2004, caso *Martínez Sala y otros c. España*, § 156; 28 de septiembre de 2010, caso *San Argimiro Isasa c. España*, § 41; y de 8 de marzo de 2011, caso *Beristain Ukar c. España*, § 28 y ss.), que el derecho a la tutela judicial efectiva de quien denuncia haber sido víctima de torturas o de tratos inhumanos o degradantes exige, según el canon reforzado de motivación, una resolución cuya motivación sea acorde con la prohibición absoluta de tales conductas (al respecto, Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, núm. 34/2008, de 25 de Febrero de 2008, FJ 6; Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, núm. 52/2008, de 14 de abril de 2008, FJ 2; Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, núm. 107/2008, de 22 de Septiembre de 2008, FJ 2; Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Primera, núm. 63/2010, de 18 de octubre de 2010, FJ 2, o la Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, núm. 131/2012, de 18 de junio de 2012, FJ 2). Del mismo modo, el Tribunal Constitucional ha puesto de manifiesto en relación con los tratos crueles, inhumanos o degradantes sufridos bajo la custodia de autoridades policiales, que de los Acuerdos internacionales firmados por España y del propio tenor del art. 15 CE se desprende un especial mandato de agotar cuantas posibilidades razonables de indagación resulten útiles para aclarar los hechos. Así,

ha señalado que “en estos supuestos, en los que el valor superior de la dignidad humana puede verse comprometido con motivo de una situación especial en la que el ciudadano se encuentra provisionalmente bajo la custodia física del Estado, es necesario acentuar las garantías, de tal modo que el ordenamiento constitucional pueda amparar al ciudadano fácticamente desprotegido ante cualquier sospecha de excesos contra su integridad física o moral” (por todas, SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 6; 52/2008, de 14 de abril, FJ 2; 107/2008, de 22 de septiembre, FJ 2; 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2, o 131/2012, de 18 de junio, FJ 2).

Esta consolidada doctrina constitucional también subraya que para valorar si la decisión judicial de archivar las diligencias abiertas vulnera o no las exigencias del art. 24.1 CE, por existir aún sospechas razonables de tratos inhumanos o degradantes, susceptibles además de ser disipadas mediante el agotamiento de los oportunos medios de investigación disponibles, hay que atender a las circunstancias concretas de cada caso y hacerlo siempre teniendo presente la escasez de pruebas que de ordinario existen en este tipo de delitos. Precisamente este déficit probatorio “debe alentar, por un lado, la diligencia del instructor para la práctica efectiva de las medidas posibles de investigación y, por otro, ante la dificultad de la víctima de aportar medios de prueba sobre su comisión, hacer aplicable el principio de prueba como razón suficiente para que se inicie la actividad judicial de instrucción” (SSTC 34/2008, de 25 de febrero, FJ 7; 52/2008, de 14 de abril, FJ 2; Sentencia del Tribunal Constitucional, Sala Segunda, núm. 69/2008, de 23 de junio de 2008, FJ 2; 107/2008, de 22 de septiembre, FJ 2; 63/2010, de 18 de octubre, FJ 2 o 131/2012, de 18 de junio, FJ 2).

IV. CRITERIOS DE INTERVENCIÓN

Las denuncias por malos tratos o torturas deben realizarse lo antes posible. También debería relatar los malos tratos al médico que le atiende en el CIE. Algunos detenidos refieren que no se fían del médico en el centro de detención en el que han sido humillados, vejados, golpeados o torturados. Por ello, no denunciar ante el médico malos tratos sufridos no puede servir para que el Juez archive la denuncia por torturas pues “supone ignorar la exigencia de racionalidad de que el efecto de la violencia ejercida sobre la libertad y las posibilidades de autodeterminación del individuo no deja de producirse en el momento en el que físicamente cesa aquella y se le pone a disposición judicial, sino que su virtualidad coactiva puede pervivir, y normalmente lo hará, más allá de su práctica” (SSTC 34/2008, de 25 de febrero, 52/2008, de 14 de abril, F. 2; 69/2008, de 23 de junio). De todas formas no cabe excluir que un excesivo retraso en la denuncia de los hechos permita deducir una menor credibilidad de la tortura denunciada, “ni que pueda erigirse en argumento plausible para inadmitir la misma dadas «las dificultades para que hubiera podido desarrollarse una investigación más eficaz, porque el transcurso del tiempo redundaría en perjuicio de las posibilidades de esclarecimiento de los hechos» (STC 63/2008, de 26 de Mayo).

Las diligencias de investigación que tienen que solicitarse cuando una persona sufre tortura o malos tratos son las siguientes:

1. Declaración de la persona que ha sufrido la tortura o el maltrato.
2. Examen de la persona denunciante por el médico forense adscrito al Juzgado competente, para analizar las posibles secuelas físicas y psíquicas de los malos tratos.
3. Informes médicos realizados.
4. Declaración de los médicos que los emitieron
5. Informe del médico del CIE
6. Previa identificación de los agentes de policía se proceda a la toma de declaración.
7. De ser examinado por un psicólogo de confianza para que elabore un examen psicológico en torno a los hechos denunciados.
8. Que se aporte copia de los videos de las cámaras que hayan podido filmar hechos relevantes sobre los hechos. Así, en una presunta agresión de un policía a un interno en el Centro de Internamiento de Extranjeros de Madrid, frente al sobreseimiento de la denuncia por torturas del Juzgado de Instrucción debido a que no se pudo comprobar qué agente de policía causó las lesiones, aunque el interno incluso identificó al Inspector jefe del Grupo primero de la UCRIF, la Audiencia Provincial ordenó reabrir el procedimiento para que se pudiesen realizar todas las pruebas propuestas por el denunciante, en este caso, la declaración del Director del CIE para que explicase por qué no remitió al Juzgado de Instrucción las grabaciones existentes sobre el momento y lugar de los hechos (Audiencia Provincial de Madrid (Sección 4ª) Auto núm. 184/2012 de 30 marzo). En estos casos, es fundamental que en la denuncia, o el Juez de oficio solicite a la mayor brevedad las copias de las imágenes, pues la policía las suele borrar a los 10 o 12 días de que hayan tomados las imágenes.

V. CUESTIONES RELATIVAS A LOS INFORMES DE LESIONES MÉDICOS

Los informes médicos son fundamentales para investigación y determinación de la existencia de malos tratos físicos, o psíquicos o torturas, pero existen situaciones anómalas que limitan o pervierten su eficacia. Así, puede ocurrir:

1. Que no sean realizados de modo acorde a los protocolos vigentes. Para ello hay que determinar en la denuncia las directrices contenidas en los protocolos que han sido vulnerada en lo sustancial; pues de lo contrario, si no existen más indicios de tortura la investigación finaliza (Audiencia Provincial de Guipúzcoa (Sección 3ª) Auto núm. 171/2010 de

19 julio. En este sentido, el análisis de partes de lesiones que se realizaron por el Defensor del Pueblo se describen como errores habituales: partes incompletos, no descripción de lesiones sino de mecanismos de producción, descripción inadecuada de las lesiones, uso de términos imprecisos, uso de términos inapropiados, uso de términos erróneos, descripción incompleta de las lesiones, errores en la descripción de la asistencia sanitaria recibida².

2. Que no se describan adecuadamente el tipo de lesión, la forma, sus dimensiones, su localización exacta y demás características que permitan posteriormente establecer el mecanismo de producción de la misma. Los informes del MNPT señalan que en los casos de aplicación de medidas coercitivas es necesario que los partes de lesiones describan con la máxima precisión los mecanismos de producción y el agente causal referidos por el interno (golpe, forcejeo, empleo de defensas, uso de esposas, etc.), incluso si no existen de lesiones objetivables. así como, en caso de diagnóstico de lesiones, una descripción lo más detallada posible de sus características específicas (localización, dimensiones, morfología, coloración, etc.) de forma que se pueda interpretar el grado de coherencia existente entre los signos observados en el examen físico y los hechos referidos por el interno.

3. Que en los partes de lesiones no se describe la forma en que el lesionado refiere que se produjeron las lesiones, resultando de este modo imposible constatar la consistencia de lo manifestado por el privado de libertad y lo observado por el médico (Informe MNPT).

4. Que puedan ser interpretados de manera fragmentaria y arbitraria. Así ocurrió en el supuesto contemplado en la STC núm. 69/2008 de 23 junio que otorgó el amparo al ciudadano torturado.

5. Que el informe señale exclusivamente que no existen marcas físicas de violencia. Este dato no debe llevar a concluir la inexistencia de malos tratos, debiendo atenderse a la credibilidad del testimonio. La tortura psicológica, no deja huellas físicas, pero sí síntomas psíquicos de haber sufrido una situación traumática. En este sentido, «la ausencia de signos de agresiones físicas carece de la fuerza suficiente para despejar toda sospecha, habida cuenta de que parte de los malos tratos denunciados, por sus propias características, pueden no dejar marcas o señales de su comisión» (STC 107/2008, de 22 de septiembre).

El Comité de Naciones Unidas contra la Tortura (CAT) como el Comité para la Prevención de la Tortura (CPT) del Consejo de Europa han realizado recomendaciones al gobierno español para que dicte normativa más adecuada en la elaboración de los informes médicos cuando se trata de personas privadas de libertad. En este sentido, el Protocolo de Estambul establece, desde su ratificación por la Asamblea de Naciones Unidas en 1989, los estándares para la adecuada investigación y documentación de los malos tratos y la tortura (Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2001).

² DEFENSOR DEL PUEBLO, Estudio sobre “la emisión de partes de lesiones a personas privadas de libertad”. 2014

El Protocolo de Estambul recoge los criterios por los que los investigadores de denuncias de torturas o malos tratos puedan documentarlos y así permitir y facilitar la investigación judicial. Además, tanto la Asociación para la Prevención de la Tortura (APT) como el Consejo Internacional de Rehabilitación de Víctimas de la Tortura (IRCT) tienen recomendaciones en la misma línea, basadas en el Protocolo de Estambul³. El informe tendrá carácter confidencial y se comunicará su contenido al sujeto o a la persona que éste designe como su representante. Se recabará la opinión del sujeto y de su representante sobre el proceso de examen, que quedará registrada en el informe. El informe también se remitirá por escrito, cuando proceda, a la autoridad encargada de investigar los presuntos actos de tortura o malos tratos. Es responsabilidad del Estado velar porque el informe llegue a sus destinatarios. Ninguna otra persona tendrá acceso a él sin el consentimiento del sujeto o la autorización de un tribunal competente” (Arts. 82 y 83).

Por último las intervenciones correctas para garantizar la imparcialidad y objetividad en los informes médicos son las siguientes:

A) Permitir la elección de un médico que actúe junto al designado por las autoridades⁴. No hay porqué dudar de la profesionalidad de los médicos que prestan su servicio en el ministerio del Interior o en los Juzgados, pero existen errores y para evitarlos se debe exigir que los informes médicos tengan todos los requisitos que señalamos en la cuestión anterior. El Informe de 13 de marzo de 2003 dirigido al Gobierno español tras la visita del Comité Europeo para la prevención de la tortura y de las penas o tratos inhumanos o degradantes del Consejo de Europa efectuada en julio de 2001 señaló que “considera que las personas detenidas en régimen no comunicado deben igualmente tener derecho a ser examinadas por un médico de su elección, que podrá realizar su examen en presencia del médico oficial nombrado por el Estado. Sin embargo, en su réplica de 11 de julio de 2001, las autoridades españolas expresaron claramente que no veían la necesidad de poner en marcha esta recomendación. A solicitud de las autoridades españolas, el CPT propuso igualmente las modificaciones en la redacción de los formularios utilizados por los médicos forenses. Sin embargo, durante la visita de 2001, estas recomendaciones no fueron incorporadas y la delegación constató que, en la mayoría de los casos, los médicos forenses no utilizaban tampoco la versión en vigor del formulario protocolario. (...) El CPT

³ ASOCIACIÓN PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA, *Monitoreo a lugares de detención: ¿cual es el rol de los profesionales médicos?*, Ginebra, 2008; INTERNATIONAL REHABILITATION COUNCIL FOR TORTURE VICTIMS, *La evaluación psicológica de alegaciones de tortura. Una guía práctica del Protocolo de Estambul – para psicólogos*, 2009; y *Examen físico médico de víctimas de tortura alegadas. Una guía práctica del Protocolo de Estambul – para médicos*, 2009.

⁴ 23rd general report OF THE CPT European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment

recomienda a las autoridades a adoptar medidas concretas para que estos formularios sean utilizados”⁵.

B) El examen médico se llevará a cabo en privado bajo control de los peritos médicos y nunca en presencia de agentes de seguridad u otros funcionarios del gobierno⁶. De manera que “las entrevistas médicas deben realizarse siempre en privado, sin que haya personal de custodia presente en el área médica ni en zonas de alcance visual o auditivo a la interacción entre médico y detenido. Así, por ejemplo, no se consideran aceptables las entrevistas en que la puerta de la consulta permanece abierta, si hubiera funcionarios de custodia cerca de la misma. El paciente debe estar así mismo libre de restricciones físicas (grilletes u otro tipo de contenciones). La única excepción a esta regla es cuando existan sospechas justificadas de riesgo, en cuyo caso el médico podrá acordar con el detenido realizar la exploración, dejando constancia escrita en el informe de las circunstancias en que ésta se ha producido (presencia policial, otras personas presentes, restricciones físicas, etc.)”⁷.

C) Tiene que existir consentimiento informado del detenido tal como se recoge en el artículo 8 de la Ley de Autonomía del paciente sobre la actuación médica y la incorporación de los hallazgos al parte de lesiones, independientemente de la voluntad de la persona privada de libertad.

D) El profesional debe presentarse adecuadamente (nombre, institución, motivo de la exploración si ésta no la ha solicitado la propia persona) y generar una relación empática y de confianza, igual que se hace habitualmente en cualquier intervención médica⁸.

E) Los informes del MNPT señalan que en los casos de aplicación de medidas coercitivas es necesario que los partes de lesiones describan con la máxima precisión los mecanismos de producción y el agente causal referidos por el interno (golpe, forcejeo, empleo de defensas, uso de esposas, etc.), incluso si no existen de lesiones objetivables. Así como, en caso de diagnóstico de lesiones, una descripción lo más detallada posible de sus características específicas (localización, dimensiones, morfología, coloración, etc.) de forma que se pueda interpretar el grado de coherencia existente entre los signos observados en el examen físico y los hechos referidos por el interno.

⁵ Informe del Comité Europeo para la Prevención de la Tortura y de las Penas o Tratos Inhumanos o Degradantes (CPT) sobre la visita a España llevada a cabo del 22 al 26 de julio del 2001

⁶ Principios Relativos a la Investigación y Documentación Eficaces de la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, principio 6

⁷ DEFENSOR DEL PUEBLO, “estudio sobre los partes médicos ” op cit.

⁸ DEFENSOR DEL PUEBLO, “Estudio sobre los partes médicos ” op cit.

F) Que en los partes de lesiones se describa la forma en que el lesionado refiere que se produjeron las lesiones, para que sea posible constatar la consistencia de lo manifestado por el privado de libertad y lo observado por el médico (Informe MNPT).

Esto se denomina juicio de plausibilidad o de consistencia. De acuerdo con el Protocolo de Estambul, la documentación médica debe incluir *siempre* un elemento de juicio que ponga en relación el relato de los hechos alegados con la observación y los hallazgos médicos y psicológicos. “El nivel de este juicio debe por fuerza acomodarse a las condiciones en que se elabora el informe. En consecuencia, en los partes de lesiones se deberá incluir un juicio de plausibilidad, mediante el cual el médico indica si los hechos alegados sean la causa de los impactos médicos o psicológicos que él ha observado. Esto no descarta que hayan podido ser otras posibles causas ni obliga al médico a emitir un juicio de certidumbre para el que probablemente pueda requerir mayor tiempo de exploración y determinadas pruebas secundarias, difícilmente disponibles en un ámbito de primer nivel de atención. Así, el juicio detallará si la exploración médica y psiquiátrica es en conjunto: compatible con los hechos alegados, parcialmente compatible con los hechos alegados, incompatible con los hechos que se alegan⁹.

F) Prevenciones en la entrega del parte de lesiones. El parte de lesiones estará disponible en todos los centros sanitarios. Como señala el Defensor del Pueblo en su estudio sobre partes médicos, “se entregará un ejemplar a la persona interesada, al juzgado de guardia por correo. En los casos en que exista urgencia en la notificación se realizará vía fax. Se archivará en la historia clínica del paciente en el centro sanitario donde se le atendió. No debe entregarse en ningún caso a las personas que custodian al detenido y de hacerlo será en todo caso en sobre cerrado, sellado y convenientemente dirigido a la autoridad judicial”.

G) Los médicos debe “realizar un protocolo de actuación completo, con las técnicas médicas internacionales de investigación de malos tratos y recogiendo en un informe escrito junto con las alegaciones correspondientes”¹⁰. Así, la estructura, según del informe sobre partes del Defensor del Pueblo debería ser la siguiente:

a) “Datos del personal facultativo responsable de la asistencia: Hospital/Centro de Salud/ Consultorio. Datos de la/el profesional que lo emite: nombre y apellidos, código numérico personal. Fecha, hora y lugar del reconocimiento.

⁹ Defensor del Pueblo. “Estudio sobre partes médicos”.

¹⁰ 23rd general report OF THE CPT European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment.

b) Datos de filiación de la víctima. Nombre y apellidos. DNI o NIE (N.º de identificación de extranjería). Sexo, estado civil, fecha de nacimiento. Dirección y teléfono de contacto. Persona causante de las lesiones (según declaración de la víctima).

c) Exposición de los hechos que motivan la asistencia. Relato íntegro y textual, a ser posible con las propias palabras del presunto agredido y entrecomillado. Reflejar fecha, hora y lugar en que se producen los malos tratos referidos, según declaración detallada de la víctima, así como el tipo de maltrato físico, psíquico u otro que se aprecie. Antecedentes personales de interés (en relación con las lesiones).

d) Exploración física. Descripción detallada de las lesiones: forma, tamaño o dimensiones, ubicación, aspectos descriptivos del color, fecha aproximada en que han podido producirse y el origen que refiere la persona de cada una de las lesiones documentadas. Incorporación de fotografías métricas de las lesiones cutáneas evidenciables, impresas como anexo y con la firma del facultativo que las avala. La toma de la fotografías necesitará el consentimiento previo de la persona lesionada.

e) Exploraciones físicas adicionales.

f) Exploraciones físicas que pudieran requerirse por especialistas, en especial ginecológica (si procede), traumatológica, dermatológica o neurológica.

g) Estado psíquico. Reacciones emocionales durante la narración de los hechos congruentes con el carácter de los mismos. Reacción emocional referida durante los hechos.

h) Exploración psicopatológica.

i) Exploraciones complementarias. Se realizarán todas las exploraciones complementarias que sean necesarias para valorar adecuadamente el estado de la persona lesionada, y que estén indicadas médicamente según los criterios de la *lex artis*.

j) Diagnóstico médico.

k) Pronóstico clínico.

l) Recomendaciones terapéuticas. Plan de actuaciones y observaciones. Indicar si se deriva a Servicios Sociales, a Atención Primaria o a otros. En su caso, incluir el alta o la derivación a otras especialidades y recursos, el ingreso hospitalario si ha sido necesario, y el seguimiento requerido”.

ANEXOS

ANEXO I
RECOMENDACIONES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO EN
RELACIÓN CON CENTROS DE INTERNAMIENTO PARA
EXTRANJEROS (CIE)

Recomendación 100/2000, de 29 de diciembre, sobre comunicación a la autoridad judicial de las incidencias que se produzcan en relación con extranjeros sometidos a internamiento.

(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 201, pág. 224.)

Se acusa recibo a su atento escrito, en el que nos contesta a la queja tramitada con carácter de oficio y registrada con el número arriba indicado.

En el informe de referencia se participa, en esencia, que la comunicación a la Autoridad Judicial competente para proceder a la expulsión se realizó una hora antes de la salida del vuelo en el que fue embarcado el señor (...).

De la documentación remitida a esta Institución se observa que los incidentes empezaron a las 8 horas de la mañana del día 23 de julio de 2000, cuando el interesado iba a ser trasladado por primera vez al aeropuerto.

Fue conducido al equipo quirúrgico del distrito de Vallecas, donde se extendió un certificado médico a las 9 horas y reingresado en el Centro de Internamiento, donde de nuevo se volvieron a suceder violentos incidentes, esta vez protagonizados también por otros internos, cuya magnitud, al parecer, hizo necesaria la intervención de funcionarios de la Comisaría de Moratalaz y de las Unidades de Intervención.

Durante la reducción del interesado se tuvo que hacer uso de la fuerza, teniendo que utilizarse, en el propio centro, medidas de inmovilización, consistentes en la utilización de cinta adhesiva alrededor del cuerpo del señor (...), como informaron personalmente los funcionarios que iban a escoltarle a Colombia.

Uno de estos funcionarios, como se observó en la Comisaría del aeropuerto de Madrid-Barajas, había sido golpeado en la nariz, teniendo manchada de sangre la camisa y había sufrido lesiones en uno de los brazos.

Por su parte el señor (...) padecía erosiones en su cuerpo que, si bien algunas se pudo producir voluntariamente, como al parecer manifestó a su llegada a Colombia, otras, como la apreciada en la espalda, podría haber sido producida por un impacto con una defensa reglamentaria, dada su longitud y anchura.

Esta Institución es consciente que, situaciones como la ocurrida el pasado día 23 de julio de 2000 en el Centro de Internamiento de Extranjeros de Moratalaz, en la que gran parte de sus internos empezaron a protagonizar hechos violentos, deben ser evitadas por la policía, utilizando los medios necesarios y proporcionales a la situación creada.

No obstante lo anterior, esta Institución considera que los hechos que afectaron al señor (...), que iba a ser expulsado esa misma mañana, debieron ponerse de inmediato en

conocimiento del Juzgado que autorizó el internamiento y a cuya disposición se encontraba el interesado, al objeto de adoptar, en su caso, las medidas oportunas.

En este caso, el señor (...) fue conducido al aeropuerto alrededor de las 11,30 horas de la mañana y los hechos no se pusieron en conocimiento de la autoridad judicial hasta las 14,10 horas.

Esta Institución, en otros casos puntuales, ha manifestado que cualquier incidencia ocurrida con un interno se debe poner en conocimiento inmediato del Juzgado que autorizó el internamiento, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 108.6 del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.

Por todo lo anterior y en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, se ha valorado la conveniencia de formular a V. E. la siguiente recomendación: «Que por esa Dirección General se dicten las instrucciones oportunas para que cualquier circunstancia en relación a la situación de ciudadanos extranjeros internados, máxime cuando han existido incidentes violentos, se comunique de forma inmediata a la autoridad judicial que autorizó el internamiento y a cuya disposición se encuentran estas personas, en debido cumplimiento a lo establecido en el artículo 108.6 del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España.»

Madrid, 29 de diciembre de 2000.

Recomendación dirigida al Director General de la Policía.

Recomendación 11/2001, de 7 de febrero, sobre asistencia primaria a inmigrantes no alojados en el Centro de Estancia Temporal (CETI) de Melilla y agilización de las actuaciones para resolver la situación de extranjeros alojados en el mismo.

(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 316, pág. 335.)

Como V. E. sobradamente conoce, es constante la preocupación de esta Institución por la situación de las personas que entran de modo ilegal en Melilla a través de la frontera de Marruecos, permaneciendo en esta ciudad hasta que se produce, bien su expulsión, bien su documentación y traslado a la península.

Esta preocupación ha motivado la solicitud de distintos informes a fin de conocer la actuación de esa Delegación del Gobierno en lo relativo a documentación de estas personas y a la situación del Centro de Acogida Temporal, así como la visita girada por la Adjunta Primera del Defensor del Pueblo y el responsable del Área de Interior de esta Institución a Melilla en el mes de noviembre del pasado año.

En el último de los informes remitidos por esa Delegación del Gobierno en relación con esta compleja situación se afirmaba que la ocupación del CETI no era total. No obstante, en el momento de la visita, el CETI se encontraba saturado, señalándose por parte de su responsable que su capacidad era de 340 personas, y estaba ocupado en ese momento por 400. Asimismo, se indicó en el curso de la visita que había alrededor de 50 personas a la espera de ingreso en el centro.

Según se desprende de las noticias aparecidas recientemente en los medios de comunicación, la situación actual no sólo no ha mejorado, sino que parece haberse deteriorado.

En este sentido, la prensa del día de hoy recoge las manifestaciones del jefe de la organización no gubernamental Médicos sin Fronteras en Melilla, quien afirma que en este momento son más de 500 las personas que se encuentran en Melilla en descampados a la orilla del río y en edificios abandonados, en condiciones higiénico sanitarias mínimas, protegiéndose de las inclemencias del tiempo con cartones y cajas y alimentándose de las frutas y verduras que recogen del suelo del mercado.

Si bien el número exacto no ha sido confirmado, los hechos en términos generales sí lo han sido en conversación telefónica mantenida con el representante del CETI, excepto en lo que respecta a la atención sanitaria, que afirma que es prestada por los servicios médico del CETI.

Al parecer, estas personas son en su mayoría nacionales de India, Rumanía, Sierra Leona y Ghana, y algunos de ellos se encuentran en esta insostenible situación desde hace más de seis meses.

Esta Institución es consciente de la complejidad del fenómeno migratorio en la Ciudad Autónoma de Melilla, y de las circunstancias que pueden dificultar la adopción de medidas que ayuden al mantenimiento de estas personas en condiciones mínimamente dignas.

No obstante, se ha de señalar que cualquiera de estas posibles razones no puede justificar, a juicio de esta Institución, la existencia de estas personas en las indignas e inhumanas situaciones en que, según se afirma en la prensa, se encuentran, sin que, al parecer, existan actuaciones por parte de la Administración encaminadas a la mejora de su situación.

Esta Institución considera que la situación descrita en la prensa hace necesaria la decidida intervención de los poderes públicos para garantizar la manutención y el alojamiento de estas personas, en tanto se resuelve sobre su situación en España, y se procede, bien a su documentación y traslado a la península, bien a su devolución o expulsión a sus países de origen.

En este sentido, se ha de señalar que de anteriores informes remitidos por esa Delegación del Gobierno a esta Institución, así como de las distintas conversaciones mantenidas durante la visita realizada por la Adjunta Primera del Defensor del Pueblo en el mes de noviembre pasado, se desprende que los tiempos de permanencia en el CETI pueden prolongarse durante meses, transcurridos los cuales se procede a la documentación o a la expulsión, según resulte ésta posible o no posible.

A juicio de esta Institución, descartada por esa Delegación del Gobierno la ampliación del CETI o la creación de un nuevo centro, tal como se indicó durante la visita realizada, la actual situación existente en Melilla hace necesario adoptar medidas de urgencia, agilizando los expedientes de aquellas personas que actualmente se encuentran acogidas en el CETI, y procediendo a la documentación y traslado a la península de quienes no pueden ser expulsados.

Asimismo, estima esta Institución que debería procederse a examinar las situaciones de aquellas personas acogidas en el CETI que se encuentran a la espera de poder ejecutar las correspondientes órdenes de expulsión, estableciendo un plazo razonable para su expulsión, de modo que quienes hayan sobrepasado ese plazo puedan ser documentados y trasladados a la península, todo ello con la finalidad de dejar plazas libres que puedan ser ocupadas por quienes actualmente permanecen a la espera del ingreso.

En lo que se refiere a estas 500 personas que entraron ilegalmente en Melilla y no han sido acogidas en el CETI, considera esta Institución que sería necesario examinar individualmente cada una de sus situaciones, a fin de conseguir que quienes no puedan ser expulsados puedan ser documentados y traídos a la península a la mayor brevedad posible.

Por todo cuanto antecede, esta Institución ha valorado la conveniencia de dar traslado a V. E. de la siguiente recomendación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley 3/1981, de 6 de abril:

«1.º Que por esa Delegación del Gobierno se realicen las actuaciones oportunas para procurar asistencia sanitaria, manutención y alojamiento a las 500 personas que actualmente se encuentran a la espera de ingreso en el CETI, en el ámbito de sus competencias.

2.º Que se examinen las consideraciones de esta Institución en cuanto a la documentación de las personas que actualmente se encuentran en el CETI, a fin de procurar el pronto traslado a la península de quienes no puedan ser expulsados, así como de quienes pudiendo ser expulsados, no lo han sido en un plazo razonable».

Por último, en lo que se refiere a la asistencia sanitaria, manutención y alojamiento, cúmplenos poner en su conocimiento que con esta misma fecha iniciamos las actuaciones oportunas ante la Consejería de Bienestar Social y Sanidad de la Ciudad Autónoma de Melilla.

Madrid, 7 de febrero de 2001.

Recomendación dirigida al Delegado del Gobierno en la Ciudad Autónoma de Melilla.

Recomendación 65/2001, de 5 de julio, sobre construcción de nuevos centros de estancia temporal de inmigrantes en Algeciras y adecuación de varios ya existentes. Regularización de inmigrantes alojados en los CETI de Ceuta, Melilla y Las Palmas de Gran Canaria.

(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 316, pág. 339.)

Como V. E. recordará, el día 21 de noviembre de 2000 asesores de esta Institución realizaron una visita a las Palmas de Gran Canaria para conocer en mayor profundidad, la situación en que se encontraban los inmigrantes de origen subsahariano llegados a esas islas desde las costas africanas y alojados en el Centro de Acogida Temporal de Inmigrantes (CETI), realizándose una visita al citado centro.

Como V. E. sobradamente conoce, el Centro de Estancia Temporal de Las Palmas de Gran Canaria es una nave industrial acondicionada para dar alojamiento provisional a los inmigrantes en ella acogidos, hasta la construcción de un centro específico para ello. No obstante, al parecer, según se informó durante la visita, no hay previsiones para la construcción de un nuevo centro de estancia de inmigrantes en Las Palmas de Gran Canaria.

A juicio de esta Institución el centro carece de las condiciones mínimas de espacio para el desarrollo de las actividades que en él deben realizarse. En este sentido, se ha de señalar que en el momento de la visita la saturación del centro era total, viéndose obligadas las personas que en él residían a dormir en unas brigadas con una capacidad de aproximadamente cincuenta personas, en literas sin espacio entre ellas. Por ello, el Defensor del Pueblo considera ineludible la creación de un nuevo centro en Las Palmas de Gran Canaria, que reúna las condiciones mínimas de habitabilidad exigibles para la estancia temporal de estas personas.

Otro de los aspectos que más preocupaban a la Institución y sobre el que se solicitó información fue el de los tiempos medios de permanencia en el centro. En este sentido, durante la visita se constató que los tiempos medios de permanencia en el centro superaban los seis meses, de donde se desprende que muchas de las personas alojadas en el centro sobrepasaban con creces ese tiempo de estancia, siendo la principal razón de su permanencia la imposibilidad de procederse a su expulsión, por no aceptar la adopción de tal medida sus correspondientes países de origen.

Estas personas han realizado durante su estancia en el centro las actividades organizadas para su integración en España, acudiendo a las clases de español y demás actividades que en el centro se desarrollan. Mediante la realización de estas actividades se seguía el plan del Imsero para los centros de acogida temporal de inmigrantes, tendentes a favorecer el conocimiento del idioma y las costumbres españolas, como paso previo a la integración en España mediante la obtención de los correspondientes permisos de trabajo y

residencia, vehiculando las ofertas de trabajo a través de las organizaciones sociales dedicadas a estos fines.

La realidad actual es que no se está procediendo a la documentación de estas personas, de modo que el centro de acogida temporal se está convirtiendo en un centro de estancia indefinida, en el que muchas personas permanecen realizando actividades para su integración en España, viviendo con la incertidumbre de que dichas actividades no sirvan al fin para el que en principio se realizan, por existir la posibilidad de ser expulsados a sus países de origen tras varios meses de estancia.

El Defensor del Pueblo es consciente de la obligación de esa Delegación del Gobierno de realizar el control de fronteras, adoptando las medidas necesarias para evitar el flujo de inmigración ilegal, incluso una medida de carácter disuasorio, como es la falta de documentación y traslado a la península de las personas que se alojan en el Centro de Acogida Temporal. No obstante, entiende esta Institución que ese organismo no puede permanecer ajeno a las expectativas personales que se crean en las personas alojadas en el centro durante meses, en condiciones de incorporarse al mercado laboral español, amén de la contradicción que supone realizar labores de integración durante un largo tiempo con personas que finalmente son expulsadas. *

De otro lado, no puede obviarse que estas largas permanencias impiden la entrada en el centro de personas que consiguen sortear los controles de fronteras y deben permanecer en las calles de Las Palmas de Gran Canaria a la espera del ingreso, con los consiguientes problemas de orden público que esta situación puede generar.

Por lo anterior, esta Institución entiende que en estos casos la Administración debe valorar los tiempos de permanencia en el centro, y las actividades de integración realizadas por los residentes en el mismo, como una circunstancia determinante para la documentación de estas personas, de modo que si transcurrido un tiempo prudencial no se ha procedido a la expulsión se proceda a su documentación y traslado a la península.

Tras el anuncio de un nuevo proceso de regularización para todas aquellas personas que acrediten estar en España antes del 23 de enero de 2001, el criterio expuesto cobra un mayor peso. Las personas que se encuentran en el Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes de Las Palmas de Gran Canaria desde antes de esa fecha, cumplen con el requisito de estancia para acogerse a esta regularización, por lo que a juicio de esta Institución no resultaría coherente con las actuales directrices políticas en materia migratoria la expulsión de estas personas, siempre que no hayan delinquido, resultando exigible retomar para estos casos el plan inicial de posibilitar su documentación mediante permiso de trabajo y residencia, a través de la colaboración con las organizaciones sociales que puedan canalizar las ofertas de empleo existentes en los sectores empresariales con necesidad de mano de obra no cubierta por demandantes de empleo españoles.

Por todo cuanto antecede, esta Institución ha valorado la conveniencia de dar traslado a V. E. de las siguientes recomendaciones, al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril:

«1.ª Que, por esa Delegación del Gobierno, se realicen las actuaciones necesarias para posibilitar la pronta sustitución del Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes de Las Palmas de Gran Canaria por otro que cumpla con las condiciones exigibles para la estancia de estas personas.

2.ª Que, por esa Delegación del Gobierno, se determine la no expulsión de los extranjeros llegados a Canarias de modo irregular antes del 23 de enero de 2001 y alojados actualmente en el Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes, siempre que no hayan delinquido, posibilitando la realización de ofertas de trabajo y consecuentemente su documentación mediante permiso de trabajo y residencia».

Por último, cúmplenos poner en su conocimiento que con esta misma fecha damos traslado de esta recomendación al Delegado del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración.

Madrid, 5 de julio de 2001.

Recomendación dirigida al Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Canarias.

Recomendación 66/2001, de 5 de julio, sobre construcción de nuevos centros de estancia temporal de inmigrantes en Algeciras y adecuación de varios ya existentes. Regularización de inmigrantes alojados en los CETI de Ceuta, Melilla y Las Palmas de Gran Canaria.

(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 316, pág. 339.)

Como V. E. recordará, los días 9 y 10 de mayo de 2001 asesores de esta Institución realizaron una visita a esa ciudad para conocer en mayor profundidad la situación en que se encontraban tanto los inmigrantes de origen subsahariano llegados a Ceuta desde Marruecos y alojados en el Centro de Acogida temporal de Inmigrantes (CETI), como los menores de origen marroquí que deambulan por las calles de Ceuta en aparente situación de desamparo.

En lo que se refiere a los inmigrantes acogidos en el CETI, durante la visita realizada se observó la corrección de las instalaciones en las que se les da alojamiento, así como el adecuado trato dispensado.

No obstante, durante la visita se constató que los tiempos medios de permanencia en el centro superaban los seis meses, de donde se desprende que muchas de las personas alojadas en el centro sobrepasaban con creces ese tiempo de estancia.

Se trataba, en unos casos, de solicitantes de asilo cuyas solicitudes se encontraban en tramitación, por lo que no resultaba posible su expulsión ni su documentación mediante permiso de trabajo y residencia, pero en otros casos no existían tales peticiones de asilo, y las razones de su permanencia en el centro eran simplemente la imposibilidad de procederse a su expulsión, por no aceptar la adopción de tal medida sus correspondientes países de origen.

Estas personas han realizado durante su estancia en el centro las actividades organizadas para su integración en España, acudiendo a las clases de español y de informática que en el centro de imparten. Mediante la realización de estas actividades se seguía el plan del Imserso para los centros de acogida temporal de inmigrantes, tendentes a favorecer el conocimiento del idioma y las costumbres españolas, como paso previo a la integración en España mediante la obtención de los correspondientes permisos de trabajo y residencia, vehiculando las ofertas de trabajo a través de las organizaciones sociales dedicadas a estos fines.

La realidad actual es que no se está procediendo a la documentación de estas personas, de modo que el centro de acogida temporal se está convirtiendo en un centro de estancia indefinida, en el que muchas personas permanecen realizando actividades para su integración en España, viviendo con la incertidumbre de que dichas actividades no sirvan al fin para el que en principio se realizan, por existir la posibilidad de ser expulsados a sus países de origen tras varios meses de estancia.

El Defensor del Pueblo es consciente de la obligación de esa Delegación del Gobierno de realizar el control de fronteras, adoptando las medidas necesarias para evitar el flujo de inmigración ilegal, incluso una medida de carácter disuasorio, como es la falta de documentación y traslado a la península de las personas que se alojan en el Centro de Acogida Temporal. No obstante, entiende esta Institución que ese organismo no puede permanecer ajeno a las expectativas personales que se crean en las personas alojadas en el centro durante meses, en condiciones de incorporarse al mercado laboral español, amén de la contradicción que supone realizar labores de integración durante un largo tiempo con personas que finalmente son expulsadas.

De otro lado, no puede obviarse que estas largas permanencias impiden la entrada en el centro de personas que consiguen sortear los controles de fronteras y deben permanecer en las calles de Ceuta a la espera del ingreso, con los consiguientes problemas de orden público que esta situación puede generar.

Por lo anterior, esta Institución entiende que en estos casos la Administración debe valorar los tiempos de permanencia en el centro y las actividades de integración realizadas por los residentes en el centro como una circunstancia determinante para la documentación de estas personas, de modo que si transcurrido un tiempo prudencial no se ha procedido a la expulsión se proceda a su documentación y traslado a la península.

Tras el anuncio de un nuevo proceso de regularización para todas aquellas personas que acrediten estar en España antes del 23 de enero de 2001, el criterio expuesto cobra un mayor peso. Las personas que se encuentran en el Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes de Ceuta desde antes de esa fecha cumplen con el requisito de estancia para acogerse a esta regularización, siempre que no hayan delinquido, por lo que a juicio de esta Institución no resultaría coherente con las actuales directrices políticas en materia migratoria la expulsión de estas personas, resultando exigible retomar para estos casos el plan inicial de posibilitar su documentación mediante permiso de trabajo y residencia, a través de la colaboración con las organizaciones sociales que puedan canalizar las ofertas de empleo existentes en los sectores empresariales con necesidad de mano de obra no cubierta por demandantes de empleo españoles.

Por todo cuanto antecede, esta Institución ha valorado la conveniencia de dar traslado a V. E. de la siguiente recomendación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril: «Que por esa Delegación del Gobierno se determine la no expulsión de los extranjeros llegados a Ceuta de modo irregular antes del 23 de enero de 2001 y alojados actualmente en el Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes, siempre que no hayan delinquido, posibilitando la realización de ofertas de trabajo y consecuentemente su documentación mediante permiso de trabajo y residencia».

Por último, cúmplenos poner en su conocimiento que con esta misma fecha damos traslado de esta recomendación al Delegado del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración.

Madrid, 5 de julio de 2001.

Recomendación dirigida al Delegado del Gobierno en la Ciudad Autónoma de Ceuta.

Recomendación 67/2001, de 5 de julio, sobre construcción de nuevos centros de estancia temporal de inmigrantes en Algeciras y adecuación de varios ya existentes. Regularización de inmigrantes alojados en los CETI de Ceuta, Melilla y Las Palmas de Gran Canaria.

(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 316, pág. 339.)

Como V. E. conoce, esta Institución ha observado con preocupación la evolución de la situación de los inmigrantes subsaharianos llegados irregularmente a Melilla y alojados en el centro de estancia temporal de inmigrantes de esa ciudad, asunto que ha motivado una visita de la Adjunta Primera del Defensor del Pueblo y la tramitación de distintas quejas, tanto de carácter individual como en relación con las soluciones que con carácter general podrían plantearse para una sistematización de las soluciones que pudieran adoptarse.

En lo que se refiere a las instalaciones del Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes, en el curso de la visita realizada se constató que éste se había ampliado con una serie de tiendas de campaña que por su propia concepción tenían carácter provisional, estando prevista su sustitución por pabellones prefabricados, si bien transcurridos más de seis meses esta Institución no tiene constancia de que se haya procedido a tal sustitución.

De otro lado, en lo que respecta a los tiempos de estancia, esta Institución ha tenido conocimiento de que en muchos casos superan los dos meses inicialmente previstos para la estancia de las personas allí alojadas, tras los cuales se procede bien a su traslado a la península, bien a su expulsión.

Este asunto ha sido tratado en el expediente F0000107, actualmente en trámite y pendiente de respuesta de esa Delegación del Gobierno, en el cual esta Institución recomendó que se valoraran los tiempos de permanencia en el centro como un dato relevante para la documentación del afectado, de modo que transcurrido un tiempo prudencial sin que haya sido posible la expulsión se proceda a su documentación.

Tras el anuncio de un nuevo proceso de regularización para todas aquellas personas que acrediten estar en España antes del 23 de enero de 2001 el criterio expuesto cobra un mayor peso. Las personas que se encuentran en los centros de estancia temporal de inmigrantes de Ceuta, Melilla y Las Palmas de Gran Canaria desde antes de esa fecha cumplen con el requisito de estancia para acogerse a esta regularización, por lo que, a juicio de esta Institución no resultaría coherente con las actuales directrices políticas en materia migratoria la expulsión de estas personas, siempre que no hayan delinquido, resultando exigible retomar para estos casos el plan inicial de posibilitar su documentación mediante permiso de trabajo y residencia a través de la colaboración con las organizaciones sociales que puedan canalizar las ofertas de empleo, existentes en los sectores empresariales con necesidad de mano de obra no cubierta por demandantes de empleo españoles.

Por todo cuanto antecede, esta Institución ha valorado la conveniencia de dar traslado a V. E. de las siguientes recomendaciones, al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril:

«1.^a Que por esa Delegación del Gobierno se realicen las actuaciones necesarias en el ámbito de sus competencias, para posibilitar la pronta adecuación del Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes en Melilla para que cumpla con las condiciones exigibles en orden a la estancia de estas personas.

2.^a Que se determine la no expulsión de los extranjeros llegados a Melilla de modo irregular antes del 23 de enero de 2001 y alojados actualmente en el Centro de Estancia Temporal de Inmigrantes, siempre que no hayan delinquido, posibilitando la realización de ofertas de trabajo y consecuentemente su documentación mediante permiso de trabajo y residencia».

Madrid, 5 de julio de 2001.

Recomendación dirigida al Delegado del Gobierno en la Ciudad Autónoma de Melilla.

Recomendación 68/2001, de 5 de julio, sobre construcción de nuevos centros de estancia temporal de inmigrantes en Algeciras y adecuación de varios ya existentes. Regularización de inmigrantes alojados en los CETI de Ceuta, Melilla y Las Palmas de Gran Canaria.

(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 316, pág. 339.)

En los últimos meses del año 2000 y los primeros del año 2001 asesores de esta Institución realizaron visitas a Ceuta, Melilla y Las Palmas de Gran Canaria, para conocer en mayor profundidad la situación en la que se encontraban los inmigrantes de origen subsahariano llegados a esas ciudades de modo irregular y alojados en los centros de acogida temporal de inmigrantes (CETI) existentes en cada una de ellas.

En lo que se refiere a los centros de estancia temporal de inmigrantes de Ceuta y Melilla, durante las correspondientes visitas se observó la corrección de las instalaciones del centro existente en Ceuta, así como el adecuado trato dispensado. No obstante, no resulta posible realizar la misma apreciación en relación con los centros de estancia temporal de inmigrantes de Melilla y Las Palmas de Gran Canaria.

El primero de dichos centros ha sido ampliado con una serie de tiendas de campaña que por su propia concepción tienen carácter provisional, estando prevista su sustitución por barracones prefabricados, si bien transcurridos más de seis meses desde que se realizó la visita no se ha procedido a tal sustitución.

El centro de estancia temporal de Las Palmas de Gran Canaria es una nave industrial acondicionada para dar alojamiento provisional a los inmigrantes en ella acogidos, hasta la construcción de un centro específico para ello. No obstante, al parecer no hay previsiones para la construcción de un nuevo centro, y el existente carece de las condiciones mínimas de espacio para el desarrollo de las actividades que en él deben realizarse. En este sentido, se ha de señalar que en el momento de la visita la saturación del centro era total, viéndose obligadas las personas que en él residían a dormir en unas brigadas con una capacidad de aproximadamente cincuenta personas, en literas sin espacio entre ellas.

Por ello, esta Institución considera necesario realizar la sustitución de las tiendas de campaña del centro de estancia temporal de Melilla por unas instalaciones adecuadas, e ineludible la creación de un Centro de Estancia Temporal para Inmigrantes en Las Palmas de Gran Canaria.

Por último, se ha de señalar que se realizó también una visita a Algeciras, a fin de constatar cuál era la situación de las instalaciones que alojaban a las personas que llegaban a las costas de Cádiz tras cruzar el Estrecho de Gibraltar, constatándose la necesidad de crear en dicho lugar un centro de las mismas características que los existentes en las tres ciudades antes mencionadas.

Además de la visita de las instalaciones de los centros, uno de los aspectos que más preocupaban a la Institución y sobre el que se solicitó información fue el de los tiempos medios de permanencia en los centros.

Durante la visita realizada al centro de Melilla se informó de que los tiempos medios de permanencia eran de aproximadamente dos meses, transcurridos los cuales los internos eran puestos en libertad y trasladados a la península.

La situación era muy diferente en los centros de estancia de Ceuta y Las Palmas de Gran Canaria. En ambos centros, los tiempos medios de estancia en el momento de la visita superaban los seis meses, de donde se desprende que muchas de las personas alojadas en dichos centros sobrepasaban con creces ese tiempo de estancia.

Se trataba, en unos casos (los menos) de solicitantes de asilo cuyas solicitudes se encontraban en tramitación, por lo que no resultaba posible su expulsión ni su documentación mediante permiso de trabajo y residencia, pero en otros casos no existían tales peticiones de asilo, y las razones de su permanencia en el centro eran simplemente la imposibilidad de procederse a su expulsión, por no aceptar la adopción de tal medida sus correspondientes países de origen.

Estas personas han realizado durante su estancia en los centros las actividades organizadas para su integración en España, acudiendo a las clases de español y otras de formación que en los centros se imparten. Mediante la realización de estas actividades se seguía el plan del Inmerso para los centros de acogida temporal de inmigrantes, tendentes a favorecer el conocimiento del idioma y las costumbres españolas, como paso previo a la integración en España mediante la obtención de los correspondientes permisos de trabajo y residencia, vehiculando las ofertas de trabajo a través de las organizaciones sociales dedicadas a estos fines.

La realidad actual es que no se está procediendo a la documentación de estas personas, de modo que estos centros de acogida temporal se están convirtiendo en centros de estancia indefinida, en los que muchas personas permanecen realizando actividades para su integración en España, viviendo con la incertidumbre de que dichas actividades no sirvan al fin para el que en principio se realizan, por existir la posibilidad de ser expulsados a sus países de origen tras varios meses de estancia.

El Defensor del Pueblo es consciente de la obligación de esa Delegación del Gobierno de realizar el control de fronteras, adoptando las medidas necesarias para evitar el flujo de inmigración ilegal, incluso una medida de carácter disuasorio, como es la falta de documentación y traslado a la península de las personas que se alojan en los centros de acogida temporal de inmigrantes. No obstante, entiende esta Institución que esa Delegación no puede permanecer ajena a las expectativas personales que se crean en las personas alojadas en el centro durante meses, en condiciones de incorporarse al mercado

laboral español, amén de la contradicción que supone realizar labores de integración durante un largo tiempo con personas que finalmente son expulsadas.

De otro lado, no puede obviarse que estas largas permanencias impiden la entrada en el centro de personas que consiguen sortear los controles de fronteras y deben permanecer en las calles a la espera del ingreso, con los consiguientes problemas de orden público que esta situación puede generar.

Por lo anterior, esta Institución entiende que en estos casos la Administración debe valorar los tiempos de permanencia en el centro y las actividades de integración realizadas por los residentes en él, como una circunstancia determinante para la documentación de estas personas, de modo que si transcurrido un tiempo prudencial no se ha procedido a la expulsión se proceda a su documentación y traslado a la península.

Tras el anuncio de un nuevo proceso de regularización para todas aquellas personas que acrediten estar en España antes del 23 de enero de 2001, el criterio expuesto cobra un mayor peso. Las personas que se encuentran en los centros de estancia temporal de inmigrantes de Ceuta, Melilla y Las Palmas de Gran Canaria desde antes de esa fecha cumplen con el requisito, no resultaría coherente con las actuales directrices políticas en materia migratoria la expulsión de estas personas, siempre que no hayan delinquido, resultando exigible retomar para estos casos el plan inicial de posibilitar su documentación, mediante permiso de trabajo y residencia a través de la colaboración con las organizaciones sociales que puedan canalizar las ofertas de empleo existentes en los sectores empresariales con necesidad de mano de obra no cubierta por demandantes de empleo españoles.

Por todo cuanto antecede, esta Institución ha valorado la conveniencia de dar traslado a V. E. de las siguientes recomendaciones, al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril:

«1.ª Que por esa Delegación del Gobierno se realicen las actuaciones necesarias en el ámbito de sus competencias para posibilitar la pronta adecuación de los centros de estancia temporal de inmigrantes en Melilla y Las Palmas de Gran Canaria para que cumplan con las condiciones exigibles en orden a la estancia de estas personas, así como para la creación de un nuevo centro en Algeciras.

2.ª Que se determine la no expulsión de los extranjeros llegados a Ceuta, Melilla y Las Palmas de Gran Canaria de modo irregular antes del 23 de enero de 2001 y alojadas actualmente en los correspondientes centros de estancia temporal de inmigrantes, siempre que no hayan delinquido, posibilitando la realización de ofertas de trabajo y consecuentemente su documentación mediante permiso de trabajo y residencia».

Madrid, 5 de julio de 2001.

Recomendación dirigida al Delegado del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración.

Recomendación 17/2002, de 1 de marzo, sobre habilitación urgente de un nuevo centro de internamiento de inmigrantes para la isla de Fuerteventura y mejora inmediata de las condiciones del que funciona como tal.

(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 386.)

Como V. E. conoce, esta Institución viene mostrando en los informes que anualmente eleva a las Cortes Generales su preocupación por la situación en que se encuentran los inmigrantes que pretenden entrar irregularmente en nuestro territorio desde las costas españolas, fundamentalmente de Andalucía y Canarias.

En los últimos años se viene experimentando un fenómeno por el cual la llegada de estos inmigrantes se ha desplazado a estas islas, debido probablemente, entre otros factores, al incremento de las medidas de control en el Estrecho de Gibraltar.

El elevado número de personas llegadas a la isla de Fuerteventura obligó a la Administración ya en el año 1999 a habilitar un recinto en el que dar alojamiento y manutención a estas personas, en tanto se resolvía sobre su situación administrativa. Este recinto, que es una antigua terminal del aeropuerto para recogidas de maletas en desuso, comenzó a ser utilizado para esta nueva función con carácter provisional, pero es lo cierto que transcurridos tres años desde entonces, no se ha habilitado otro lugar más adecuado para la estancia de estos inmigrantes.

El Defensor del Pueblo ha visitado este recinto en distintas ocasiones, y ha reflejado en los informes anuales correspondientes las graves deficiencias observadas durante las visitas y la absoluta inadecuación de estas instalaciones para el albergue de inmigrantes. Así se puso de manifiesto en los informes anuales de los años 1999 y 2000.

Ante las alarmantes noticias, ampliamente divulgadas en los medios de comunicación de la insostenible situación en la que se encontraban estas instalaciones, el día 26 de febrero de 2002 doña María Luisa Cava de Llano, Adjunta Primera del Defensor del Pueblo, se desplazó a la isla de Fuerteventura para comprobar personalmente las condiciones del recinto en el que se alberga a los inmigrantes.

En el curso de la visita se examinaron las instalaciones y se mantuvieron distintas reuniones con el Director Insular de la Administración General en Fuerteventura, el Comisario de Policía de la isla, los coordinadores de CEAR y de Cruz Roja y, telefónicamente se contactó con el Decano del Colegio de Abogados de Las Palmas. Asimismo, la Adjunta del Defensor del Pueblo mantuvo personalmente conversaciones con todos los inmigrantes alojados en este recinto que lo desearon, a fin de tener un conocimiento exhaustivo de la situación.

Tras la realización de esta visita se ha elaborado un acta, cuya copia se acompaña para su mejor conocimiento, en la que queda reflejada la grave situación en que se encuentran los inmigrantes alojados en este recinto.

En lo que se refiere a la estructura del recinto, esta Institución no considera necesario extenderse, ya que se trata de una información ya conocida por ese Ministerio. No obstante, se ha de señalar que las instalaciones resultan absolutamente insuficientes para albergar al alto número de personas que allí se alojan (205 en el momento de la visita), sin ventilación ni espacios abiertos, prácticamente ocupadas en su totalidad por literas y colchones en un lamentable estado de conservación.

Durante la visita se puso un especial énfasis en la constatación de los servicios de los que disponen estas personas, fundamentalmente jurídicos y sanitarios, con la finalidad de constatar el grado de cumplimiento de las garantías exigidas en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en su reglamento de desarrollo, y en la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999.

En lo que se refiere a los aspectos jurídicos, preocupa a esta Institución la existencia de una deficiente asistencia letrada de oficio, que al parecer se realiza en muchos casos de forma global y no individualizada, y que existe sólo en el momento de la incoación de los expedientes, bien de devolución, bien de expulsión, sin que se informe a los interesados de sus derechos y de la posibilidad de solicitar asilo en algunos casos en los que existen motivos para ello.

En lo que respecta a la asistencia sanitaria, ésta es prestada por un solo médico dependiente de la Policía que presta servicios en Lanzarote y Fuerteventura, que únicamente se desplaza al centro cada 15 ó 20 días, pese a que las condiciones de llegada de estas personas y las insalubres condiciones de vida durante su permanencia en el centro exigirían una especial atención.

En este sentido, Cruz Roja señaló a esta Institución la insuficiencia de medios para poder atender las necesidades médicas y asistenciales que estos inmigrantes requieren.

Dada la gravedad de la situación resulta ocioso extenderse sobre cada una de las condiciones que el centro debería tener, tanto estructural como organizativamente. Esta Institución considera que las deficiencias observadas quedan suficientemente reflejadas en el acta que se acompaña, y que de ello se desprende que el centro en el que se aloja a los inmigrantes en Fuerteventura no sólo incumple la normativa que para estos centros exige la legislación vigente, sino que carece de los requisitos mínimos exigibles para la estancia de estas personas en condiciones aceptables.

Por todo ello esta Institución ha valorado la necesidad de dirigir a V. E. las siguientes recomendaciones, al amparo de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril:

1.º Que se proceda a habilitar un recinto adecuado para albergar dignamente a las personas inmigrantes llegadas de forma irregular a la isla de Fuerteventura, removiéndose los obstáculos que puedan dificultar la apertura de otro centro.

2.º Que, en tanto se habilita este otro centro, se subsanen con la máxima urgencia los dos aspectos señalados (asistencia jurídica y sanitaria), a fin de que se garantice la prestación de estos servicios en la forma prevista en la Ley.

Por último cúmplenos poner en conocimiento de V. E. que con esta misma fecha se procede a iniciar la correspondiente investigación de oficio, ante el Decano del Colegio de Abogados de Las Palmas, en lo que se refiere a la asistencia jurídica gratuita que se presta a estos inmigrantes.

Madrid, 1 de marzo de 2002.

Recomendación dirigida al Ministro del Interior.

Recomendación 29/2002, de 26 de marzo, sobre subsanación de las deficiencias apreciadas en los centros de internamiento de extranjeros (CIE).

(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 386.)

Como V. E. sin duda conoce, el Defensor del Pueblo ha venido reflejando en sus sucesivos informes anuales elevados a las Cortes Generales, su preocupación por los centros de internamiento de extranjeros, reclamando en todos ellos la adecuación de sus instalaciones y la regulación de sus normas internas de funcionamiento.

Fruto de la insistencia de esta Institución, fue la aprobación de la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999, sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros, hasta ese momento carentes de una normativa específica que desarrollara las previsiones legales.

La citada Orden establecía en su disposición transitoria única la adecuación de los distintos centros de internamiento de extranjeros a los requisitos de organización, régimen interno y demás disposiciones previstas en dicha norma, en el plazo de dos años a contar desde su entrada en vigor, teniendo para ello en cuenta las previsiones presupuestarias.

Asimismo, el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, reformada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, regula de modo específico en sus artículos 127 a 132 las condiciones del ingreso, régimen interno de los centros y asistencia sanitaria y social, disponiendo que el Ministerio del Interior dictará las normas que se consideren, en su caso, necesarias, para regular el funcionamiento interno de dichos centros, en desarrollo de lo dispuesto en ese reglamento.

De igual modo, resulta preciso subrayar que el artículo 127 del citado Real Decreto, establece en su apartado 7 que «las personas ingresadas en centros de internamiento de carácter no penitenciario gozarán durante el mismo de los derechos no afectados por la medida judicial de internamiento», lo que supone que dicha medida debe realizarse de la forma menos aflictiva para los extranjeros objeto de internamiento.

A la vista de lo anterior, esta Institución ha venido visitando los distintos centros de internamiento de Madrid, Barcelona, Murcia, Valencia, Las Palmas de Gran Canaria y Málaga, así como la antigua terminal del Aeropuerto de Fuerteventura que, en la práctica, funciona como centro de internamiento, desde finales del año 2000 hasta febrero del año 2002, inclusive, al objeto de comprobar las actuaciones realizadas por la Administración para el debido cumplimiento de la vigente normativa en relación con los internamientos de extranjeros.

En el curso de estas visitas, se ha podido constatar la existencia de importantes deficiencias que afectan tanto a la infraestructura y dotación de los centros, como a sus normas de funcionamiento y régimen interior, lo que ha motivado que esta Institución considere necesario dar traslado a V. E. de las consideraciones que a continuación se detallan, a fin de que se adopten las medidas necesarias para su urgente subsanación:

1. Centro de Internamiento de Extranjeros de Tacona, en Madrid.

Este centro no reúne en modo alguno las condiciones para la estancia de extranjeros. Su ubicación, en los sótanos de unas dependencias policiales, sin luz natural ni ventilación, con techos excesivamente bajos en algunos tramos, celdas inapropiadas y ausencia total de lugares idóneos para el esparcimiento, impide que pueda albergar dignamente a los internos.

En el curso de la visita realizada a principios del año 2002, pudo constatarse que por lo que se refiere a las celdas en las que se aloja a los extranjeros, tanto su mantenimiento como el estado de las mismas resulta muy precario. Algunas de las literas no tienen mantas y muchos colchones de espuma se encuentran rotos, contando además con unos lavabos con espejos deteriorados, sin taquillas para la ropa de los internos, que en ocasiones cuelgan sus pertenencias con un cordel con el que unen las literas.

Las instalaciones destinadas a la higiene de los extranjeros son notoriamente deficientes: 6 duchas y 2 inodoros para los hombres, así como 4 duchas y 4 inodoros con 2 lavabos para mujeres, lo que claramente resulta escaso respecto al total de 150 extranjeros que teóricamente pueden llegar a encontrarse internos. Las duchas carecen de cortinas o puertas que preserven la intimidad, ni de espejo o cualquier otro elemento de aseo, no siendo bueno el estado general de su limpieza.

Tan solo se dispensa a los internos jabón o gel a granel, pero no se les facilita champú para el cabello, ni cepillo o pasta de dientes, utensilios que tienen que comprar en el exterior, si tienen recursos económicos, o bien obtenerlos por medio del favor de algún familiar o amigo.

La limpieza general del centro está contratada por un servicio externo, acudiendo diariamente tres trabajadoras a desempeñar dichas labores. Pese a ello, no se observa una esmerada limpieza de los espacios comunes, ni de las celdas, duchas y aseos.

La sala de estar, único lugar de recreo de los internos, tiene un mobiliario de bancos corridos y mesas, carente de suficiente luz natural y de espacio, sin apenas elementos de ocio, tan solo unos pocos juegos de damas y televisión.

El patio de este centro de internamiento consiste en un recinto cuadrado de medianas dimensiones, al que tienen acceso los internos exclusivamente unas horas por la mañana y media por la tarde, resultando un lugar inapropiado para el fin que se pretende y notoriamente escaso el tiempo destinado a dichas salidas.

Este patio se encuentra cubierto de una techumbre de plástico que, según la información obtenida, es excesivamente caluroso en verano, por lo que apenas es utilizado en esas fechas, ni presta suficiente cobijo para el frío y la lluvia del invierno. Asimismo, se informó a esta Institución de la imposibilidad de su ampliación, al no haber espacio físico para ello.

Por lo que se refiere a la asistencia sanitaria, como V. E. conoce el artículo 131.1 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, exige la existencia en cada centro de un servicio sanitario con disponibilidad de personal, instrumental y equipamiento necesario para la atención permanente y de urgencia de los internos.

No obstante lo anterior, en el centro de internamiento al que se viene haciendo mención, el servicio médico lo presta el mismo facultativo que atiende a los funcionarios de policía, en horario de mañana, sin que se cuente con ningún otro personal sanitario. De igual modo, existe una completa carencia de instrumental y medicamentos adecuados, tan solo medicinas básicas, por lo que las revisiones que se realizan son muy precarias y el servicio dispensado mínimo, desviándose a los internos al centro hospitalario Gregorio Marañón, siempre que se observa cualquier dolencia que precise tratamiento.

En el curso de la visita de la Institución, el facultativo que en aquel momento atendía a los extranjeros se quejó de la absoluta falta de medios, el elevado número de internos que debía visitar, el frío existente en la consulta y las ínfimas condiciones para realizar los correspondientes reconocimientos.

De igual modo, el Reglamento de Extranjería dispone que los extranjeros, en el momento del ingreso, serán sometidos a un examen médico por el servicio sanitario del centro, si bien, debido a la insuficiencia de medios materiales y personales con los que se cuenta, tan solo se practica una exploración básica al extranjero, sin que se realice ningún reconocimiento a fondo. Tampoco existe tratamiento alguno en los casos de enfermedades psiquiátricas ni toxicomanías, que son derivadas al hospital.

Respecto del servicio de asistencia social, de obligada existencia conforme a las previsiones de la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999 y del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, es preciso subrayar que en este centro de Madrid no desempeña tales labores ninguna trabajadora social, sin que exista tampoco previsión para su contratación.

Es el propio director del centro el que atiende a los extranjeros por las tardes, previa petición de hora, y cursa las instancias y peticiones de los mismos con el exterior, encargándose igualmente de las compras de los artículos que éstos necesitan.

En la mayoría de las ocasiones, los extranjeros objeto de internamiento desean obtener un adecuado asesoramiento sobre su situación jurídica, asistencia que nadie les presta al no colaborar tampoco con dicho centro ninguna asociación ni personas voluntarias, según se nos informó por el director del centro.

Este establecimiento tiene contratada una cocinera fija que elabora los menús semanalmente, habiendo optado por suprimir la carne de cerdo en todas las dietas para respetar las creencias religiosas de los ciudadanos árabes, lo que repercute de modo negativo en los demás internos.

Por lo que se refiere a las actividades recreativas, aparte del poco tiempo previsto para las salidas al patio, que por sus extremas condiciones climatológicas no propicia su utilización, tampoco existe ninguna otra actividad para los internos. Los juegos de mesa son mínimos y sólo cuentan con el aparato de televisión como único recreo, la pequeña biblioteca instalada en el centro casi nunca se utiliza, ni se informa por escrito a los internos de su existencia o posibilidades de su uso.

Las visitas están reducidas a 10 minutos por interno, debido al elevado número de peticiones; tiempo éste claramente insuficiente para llevar a cabo tales entrevistas. Existen sólo dos salas para locutorio, que permanecen con la puerta abierta en el curso de los encuentros.

Otro aspecto que resulta preciso resaltar es el referente a la dotación de funcionarios adscritos a dicho centro, cuatro o cinco funcionarios por turno con cinco turnos diarios. Según la información obtenida, es necesario un refuerzo de personal debido a la conflictividad que en ocasiones genera la existencia de grupos de extranjeros de una misma nacionalidad, unido a la obsolescencia de las cámaras de televisión con las que se vigila a los internos.

Igualmente es preciso hacer mención a las normas de régimen interior, que a juicio de esta Institución resultan poco flexibles, ya que tan sólo se permite a los internos unos escasos momentos de patio, por lo que raramente ven la luz del día durante su internamiento, así como tiempo de permanencia en las celdas, que tampoco resultan adecuadas para el descanso ni la lectura. La mayoría del día lo pasan por tanto en la sala de ocio, lo que supone la masificación de un espacio que tampoco tiene luz, ni ventilación.

Por último, esta Institución ha tenido conocimiento de la existencia de un proyecto de rehabilitación del hospital penitenciario de Carabanchel para el completo traslado de este centro, si bien no se tiene constancia de la situación en que pudiera encontrarse dicho plan.

2. Centro de Internamiento de Extranjeros de La Verneda, en Barcelona

También este centro se encuentra ubicado en la planta sótano de un edificio policial del centro de la ciudad, motivo por el cual carece de iluminación y ventilación suficiente para una estancia idónea de los extranjeros.

Las celdas se encuentran amuebladas con un mobiliario obsoleto, con literas metálicas, sin taquillas para la ropa, resultando igualmente insuficiente los baños y duchas del edificio para la totalidad de internos allí ingresados.

Los internos del centro expresaron su descontento por la falta de tiempo que se les concede para realizar su higiene personal, consistente en una hora después de la siesta, resultando ello insuficiente al existir solamente 4 duchas para los 33 internos en aquel momento ingresados. En el curso de la visita se pudo comprobar la efectiva insuficiencia de duchas, así como el dudoso estado de limpieza de la ropa de cama y toallas.

La sala de estar es de dimensiones aceptables, pero carece de suficiente luz natural. Cuenta exclusivamente con una televisión, sin que exista ningún otro utensilio de recreo que pueda ser utilizado por los hombres y mujeres que acuden a la misma.

Hace unos años se habilitó un patio destinado a la salida diaria de los internos. Sin perjuicio de reconocer la mejora que ello ha supuesto, hay que señalar que el mismo es notoriamente precario, de mínimas dimensiones, lo que impide el normal paseo, así como la realización de cualquier otro ejercicio de gimnasia. Se encuentra medio cubierto por unas planchas metálicas, que supuestamente preservan la intimidad de los internos respecto de los vecinos próximos al edificio, si bien ello produce un efecto de encarcelamiento.

A su ingreso en el centro se informa a los internos de sus derechos y deberes. No obstante el boletín informativo que se les facilita está exclusivamente redactado en castellano, por lo que no puede ser comprendido por aquellos extranjeros que desconocen la lengua. De igual modo, se les obliga a depositar sus enseres y ropas personales en unas taquillas, dejándoles que conserven sólo la ropa imprescindible para su estancia en el centro, justificando los funcionarios tal exigencia por motivos de seguridad para evitar posibles robos. A juicio de esta Institución, tal exigencia no resulta proporcionada en relación con el motivo alegado para su adopción.

Por lo que se refiere a la asistencia sanitaria, ésta es dispensada diariamente por el mismo facultativo que atiende a los funcionarios de policía. Los extranjeros internos en el momento de la visita pusieron de manifiesto su malestar generalizado por la atención médica que se les prestaba, fundando la mayor parte de sus quejas en la falta de tiempo empleado en las consultas médicas que solicitaban, así como que siempre se les prescribía el mismo medicamento para muy distintas dolencias.

Según la información recabada, la asistencia social se ha venido cubriendo de modo esporádico con contratos laborales, sin que en el mes de noviembre del año 2000, fecha en que fue visitado el centro de La Verneda, existiese ningún trabajador que realizara estas labores, ni hubiese alguna previsión respecto de su eventual cobertura. Como resultado los internos se encontraban por completo desasistidos, al no existir tampoco ninguna asociación o voluntario que colaborase con el establecimiento.

Por lo que respecta a la alimentación, también plantearon los internos una queja formal respecto de la baja calidad de la comida, así como de la reiteración de los menús que se les dispensaban.

En relación a los menús, se participó a esta Institución que con el fin de adecuarlos a las creencias religiosas se realizaba un solo menú en el que se excluía la carne de cerdo, pese a que en el momento de la visita no se encontraba internado ningún ciudadano de origen árabe. De la copia de los menús obtenida se constató que la comida más frecuente era el pescado, que se repetía de modo poco adecuado para la alimentación de los jóvenes en aquel momento ingresados.

El horario de actividades se encontraba reflejado por escrito, también exclusivamente en castellano, mostrando los internos su total discrepancia con la obligatoriedad de volver a sus celdas tras la comida para realizar la siesta, cerrándoseles con llave en sus habitaciones.

Igualmente los internos manifestaron que durante su estancia en la zona de recreo permanece cerrado el acceso a celdas y aseos, siendo necesario llamar al funcionario para acudir al aseo.

De los datos facilitados por los internos, se comprobó que no existía en aquella fecha ningún mecanismo previsto para cursar peticiones o instancias al exterior, siendo los propios funcionarios encargados de su custodia los que enviaban por correo tales peticiones, sin dejar constancia alguna de su gestión, lo que despertaba una lógica desconfianza y malestar entre los extranjeros.

Resulta preciso hacer especial mención al elevado número de reclamaciones formuladas por los internos a los asesores de esta Institución, en relación con el funcionamiento general del centro, tanto en lo relativo a los aspectos alimenticios, como higiénicos, médicos, asistenciales, lúdicos y en especial en lo referente a la rigidez de las normas de régimen interno, cuya estricta obligatoriedad desencadenaba en el momento de la visita una alarmante situación de tensión.

Por último, y no por ello menos trascendente, es necesario señalar que durante la visita realizada se constató que la dirección del centro no designaba a los internos por sus nombres, sino por un número que previamente les había asignado.

Esta práctica es absolutamente contraria a la dignidad humana, e incluso se encuentra expresamente contemplada en el artículo 3 de la Ley Orgánica 1/79, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, a cuyo tenor «el interno tiene derecho a ser designado por su propio nombre».

3. Centro de Internamiento de Extranjeros de Murcia

Ubicado en la planta baja de un edificio que alberga otras dependencias policiales, tampoco este centro de internamiento reúne las condiciones mínimas para que la privación de libertad se realice del modo menos aflictivo posible para los internos.

Las celdas de los extranjeros, sin taquillas para la ropa y con una encimera metálica con un lavabo y espejo, se encuentran en un deficiente estado de conservación, pese a

estar provistas de un sistema de aire acondicionado, obligado por las condiciones climatológicas de esa localidad.

Al igual que en los otros centros ya mencionados, los internos disponen exclusivamente de la sala de estar como espacio recreativo, con escasos juegos de mesas facilitados por organizaciones no gubernamentales. En esta sala existe un teléfono público desde el que se pueden efectuar llamadas, pero no recibirlas para impedir que se realicen llamadas a cobro revertido. A juicio de esta Institución, deberían estudiarse las posibilidades técnicas para que, aún impidiendo las llamadas a cobro revertido, no se limite a los internos sus contactos con el exterior.

Se permite la utilización del patio sólo durante una hora por la mañana en el horario de limpieza de las celdas. La razón aducida para un régimen tan estricto es la escasez de funcionarios que vigilan el patio, ya que la escasa altura de los muros hace fácil la huida, sin que la propia estructura del centro permita la elevación de estos muros.

Esta restricción en la salida al patio repercute, obviamente, en el bienestar de los internos, que se ven obligados a permanecer en el interior del recinto toda la tarde y parte de la mañana, a consecuencia de un déficit en la asignación de funcionarios que realicen las tareas de custodia.

A su ingreso en el centro, se les informa de sus derechos y deberes en impresos redactados en varios idiomas, pero no se les facilita un horario de actividades por escrito y se les obliga a depositar sus enseres y ropas personales en unas taquillas, dejándoles que conserven la ropa imprescindible para sus estancia en el centro, pretendiendo con ello evitar robos, práctica con la que, como ya se ha indicado en el presente escrito no está conforme esta Institución, y que, en todo caso, podría ser voluntaria.

Ningún trabajador social desempeña las obligadas labores en el centro, supliéndose estas tareas con la buena voluntad de los funcionarios. Por ello, los extranjeros se encuentran sin ninguna asistencia, contando tan sólo con la ayuda de un voluntario de Cáritas que se desplaza un día a la semana y les orienta sobre su situación administrativa y jurídica. No está previsto el modo de cursar oficialmente las peticiones y quejas de los internos, lo que realiza personalmente el propio director.

Tampoco existe en este establecimiento un servicio sanitario propio, ni facultativo o personal de enfermería o auxiliar que desempeñe estas labores, lo que obliga a desplazar a los internos al hospital siempre que lo solicitan, cualquiera que sea el tipo de dolencia.

Según se informó a los asesores que visitaron el centro, el desplazamiento al centro hospitalario se realiza en el coche de la policía, con el interno esposado. El tratamiento prescrito por los médicos debe ser dispensado por los propios funcionarios de policía, con los riesgos que ello implica por los posibles errores en la administración de medicamentos.

La falta de médico hace que las revisiones de entrada y salida del centro previstas en la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999 y en el Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, no se estuvieran realizando en el mes de marzo de 2001, fecha de la visita de esta Institución.

Esta ausencia de facultativo repercute igualmente en la inspección de alimentación de los internos, sin que se estuviera realizando ningún control sanitario sobre la dieta y menús de los extranjeros en la fecha indicada.

Según se informó a los asesores que giraron la visita al centro, debido a la estructura del mismo no existe posibilidad de destinar ninguna dependencia al alojamiento de familias o de mujeres con niños menores. En las ocasiones en que se ha planteado tal situación el menor es conducido a un centro de acogida y se le traslada a diario al centro de internamiento para que vea a su madre, bien en la propia celda o en hall del centro. No obstante lo anterior, la habilitación de un espacio destinado a tal fin resulta de obligado cumplimiento.

Por otra parte, las salas destinadas a las visitas tienen instaladas unas mamparas de cristal que imposibilitan todo contacto entre el interno y sus familiares o letrados, que deben utilizar un teléfono para sus comunicaciones. A juicio de esta Institución, esta práctica resulta excesivamente severa para las personas objeto de internamiento, máxime teniendo en cuenta que la vigente Ley de Extranjería contempla como causa de expulsión la mera estancia irregular, por lo que pueden encontrarse internos ciudadanos que no revistan peligrosidad alguna.

Tales separaciones existen solamente en este centro de extranjeros de Murcia, sin que los problemas de seguridad puedan justificar, por sí solos, la adopción de dicha medida.

Para concluir la exposición de las deficiencias observadas en este establecimiento, se ha de señalar que de acuerdo con la información obtenida, el presupuesto destinado a su mantenimiento es claramente insuficiente. Ello genera graves disfunciones, tanto en lo que se refiere a la dotación de funcionarios, como a los servicios con los que debería contar dicho centro, resultando especialmente urgente la provisión de plazas de médico y de personal sanitario, así como de asistente social.

4. Centro de Internamiento de Extranjeros de Zapadores, en Valencia

Situado en unos antiguos cuarteles policiales parcialmente rehabilitados, resulta preciso señalar que tras la visita realizada en el mes de marzo de 2001, esta Institución ha concluido que dicho recinto carece igualmente de las condiciones deseables para alojar a los extranjeros objeto de expulsión.

El estado general de limpieza observado en el establecimiento, especialmente en los baños, era muy deficiente. No existe más lugar de esparcimiento que la sala de estar; y

un patio exterior. El mobiliario de las zonas comunes es precario y no existen juegos de mesa o entretenimiento de ningún tipo.

A los internos no se les suministra para su aseo personal más que jabón de mala calidad y toallas que son lavadas una vez por semana, sin ningún otro útil de aseo específico. En caso de precisarlos se pueden solicitar del personal que realiza los servicios de limpieza o de los funcionarios policiales que, en su caso, efectúan estas gestiones mediante su compra en el exterior como un favor.

No existe en este centro ningún espacio destinado a familias con hijos menores y, según la información recabada, en las ocasiones en que se plantea tal situación, se procede a su alojamiento en las celdas de la zona de mujeres, separada de la zona de hombres por una reja metálica. Esta deficiencia debería subsanarse, dotando al centro de un módulo adecuado que garantice la unidad e intimidad familiar para todos aquellos casos en que el juez de menores autorice el internamiento de niños en compañía de sus padres.

En el mes de marzo de 2001, el centro contaba con un servicio médico integrado, en los meses de invierno, por un facultativo que atendía a los internos por las mañanas y un enfermero que acudía una hora por la tarde para facilitar el suministro de medicamentos. Coincidiendo con el periodo estival el servicio se reforzaba con tres facultativos en turnos de mañana y tarde.

Resulta igualmente imprescindible poner de manifiesto la ausencia de asistente social, que en ocasiones ha sido proporcionado por la Consejería de Bienestar Social de la Generalidad Valenciana, pero que en el momento de la visita no era desempeñado por ningún trabajador. No existen tampoco convenios de colaboración con organizaciones no gubernamentales que pudieran suplir esta carencia.

Existen unos impresos autocopiativos por triplicado para la presentación de peticiones y quejas, que pueden formularse no sólo ante el director del centro, sino también ante el juez de instrucción, el Ministerio Fiscal y el Defensor del Pueblo, así como ante los organismos o instituciones que considere oportuno el interno.

Teniendo en cuenta que en muchos casos los referidos internos pueden estar interesados en la confidencialidad de su queja, no parece oportuno que uno de los ejemplares de la petición quede en poder del centro. En todo caso, a criterio de esta Institución, la dirección deberá limitarse a dejar constancia de la expedición del documento al destinatario, pero sin que para ello le resulte necesario conocer el contenido.

Por último, se ha de señalar que uno de los mayores problemas observados en este centro ha sido la insuficiencia de dotación de funcionarios adscritos al mismo. Prestan servicios un total de 8 funcionarios, distribuidos en tres turnos de 8 horas, permaneciendo siempre uno de ellos en el control de entrada al establecimiento. De acuerdo con la

información recibida, esta previsión puede resultar escasa para la vigilancia de los internos, máxime cuando el centro cuenta con 68 plazas y suele estar al completo.

5. Centro de Internamiento de Barranco Seco, en Las Palmas de Gran Canaria

Pese a que la propia estructura del centro, de forma tubular y sin ascensor, no reviste unas condiciones óptimas de habitabilidad, hay que precisar que el establecimiento cuenta con luz natural y ventilación, así como con diversos patios amplios al aire libre para el esparcimiento y recreo de los internos.

No obstante, en el momento de la visita en el mes de noviembre de 2000, se informó a los asesores de esta Institución de la aprobación de un proyecto de ampliación del centro, que comenzó a principios del año 2001 y que tenía por objeto duplicar su capacidad y crear nuevos espacios necesarios, tales como el destinado a la sala de visitas que hasta ese momento, consistía solamente en un pasillo alargado, claramente insuficiente para esa actividad.

Tras el ingreso se realiza a todos los extranjeros un reconocimiento médico. Diariamente los internos son visitados por un médico que pasa consulta y les dispensa las medicinas de primera necesidad, prescribiendo su traslado al hospital en aquellos supuestos en los que la situación del paciente pudiera revestir alguna gravedad.

Si bien en este centro se encuentran ingresadas un elevado número de mujeres, 18 subsaharianas en el momento de la visita, no se observó la presencia de ninguna funcionaria para la atención de las mismas.

En la fecha señalada el centro de extranjeros carecía de asistente social, manteniéndose, no obstante, contactos frecuentes con una religiosa que visitaba a los internos y con Cruz Roja, que facilitaba ropa y medicinas, así como asistencia jurídica o cualquier otro tipo de orientación o información respecto de su situación en España, labores que claramente deben ser realizadas por el correspondiente trabajador social.

Por último, en relación con este centro se ha de señalar que, según se pudo observar, las normas de régimen interior del mismo respetan de modo riguroso las previsiones legales. El único derecho del que se ven privados los internos es el derecho ambulatorio, permitiéndose a éstos una reseñable flexibilidad en cuanto a movimientos y actividades; situación esta que sería deseable se implantase en los demás centros de internamiento de extranjeros.

6. Centro de Internamiento de Extranjeros de Capuchinos, en Málaga

Las instalaciones del Centro de Internamiento de Extranjeros de la localidad de Málaga se visitaron a finales del año 2000, momento en el que el centro se encontraba cerrado debido a las obras de ampliación y remodelación, que se preveía estuviesen finalizadas en el curso del año 2001.

Según la información recabada, se esperaba que dichas obras permitiesen una separación absoluta entre las dependencias destinadas a hombres y mujeres, tanto en patios como en los servicios y zonas comunes. Asimismo, estaban acondicionándose tres módulos familiares para evitar la separación de matrimonios con hijos pequeños.

Con la realización de tales reformas se esperaba que se pudiesen albergar un total de cien personas, así como que se dotase a este establecimiento de unas adecuadas infraestructuras en sustitución de las obsoletas instalaciones con las que contaba.

7. Centro de Internamiento de Fuerteventura

Si bien dicho recinto no reúne las mínimas condiciones para poder ser considerado como un centro de internamiento, es preciso señalar que desde el año 1999 ha venido funcionando como tal, al encontrarse los ciudadanos allí internos privados de libertad en virtud de auto judicial, en tanto se resuelve sobre su situación administrativa.

Por tal motivo, el Defensor del Pueblo ha visitado en distintas ocasiones estas instalaciones, habiendo reflejado en los informes anuales elevados a las Cortes Generales en los años 1999 y 2000 las graves deficiencias observadas en el curso de tales visitas, así como la absoluta inadecuación de su estructura para una acogida digna de los inmigrantes.

Asimismo, y como V. E. sin duda conoce, el pasado día 26 de febrero de 2002 la Adjunta Primera del Defensor del Pueblo se desplazó nuevamente a la isla de Fuerteventura para constatar los servicios de los que disponían estas personas, fundamentalmente jurídicos y sanitarios, con la finalidad de comprobar el grado de cumplimiento de las garantías exigidas en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre y en su Reglamento de desarrollo.

En el curso de dicha visita se apreció que el recinto en el que se alberga a los inmigrantes en Fuerteventura no había sido objeto de mejora alguna en el curso de estos últimos años, agravándose la situación debido al notable incremento en la llegada de pateras a la isla. De igual modo pudo observarse que estas instalaciones no sólo incumplen con los requisitos que para los centros de internamiento de extranjeros exige la legislación vigente, sino que carecen de los medios indispensables para la estancia de estas personas en condiciones aceptables.

Por todo lo anterior, y como V. E. conocerá, en fecha 1 de marzo de 2002 se dirigió una recomendación⁵ al Ministro del Interior, al amparo de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, con el número de investigación de oficio F0200055, a fin de que se proceda a habilitar un recinto adecuado para albergar dignamente a las personas inmigrantes llegadas de forma irregular a estas islas, removiéndose los obstáculos que pudieran dificultar la apertura de otro centro. De igual modo, se ha recomendado que en tanto se habilita este otro centro se subsanen con la máxima urgencia los dos aspectos señalados (asistencia jurídica y sanitaria) a fin de que

se garantice la prestación de estos servicios en la forma prevista en la Ley. Según es de público conocimiento, el Presidente del Gobierno en el curso de la sesión de control parlamentario del pasado día 6 de marzo, indicó que las recomendaciones emanadas de esta Institución en relación con las instalaciones de Fuerteventura habían sido aceptadas, aunque esta Institución se encuentra a la espera de la formal comunicación por escrito, si bien se tiene conocimiento del efectivo inicio de las obras de acondicionamiento del Cuartel «Teniente Coronel Valenzuela».

Asimismo, cúmplenos indicar a V. E. que en relación con este mismo centro se ha procedido a iniciar la correspondiente investigación de oficio ante el Decano del Colegio de Abogados de Las Palmas, en lo que se refiere a la asistencia jurídica gratuita que se presta a estos inmigrantes, encontrándose igualmente esta Institución a la espera de recibir la preceptiva contestación.

Tras esta exposición de las importantes deficiencias apreciadas en el curso de nuestras visitas, resulta imprescindible subrayar que, si bien es cierto que la Administración ha realizado diversas mejoras en estos centros, así como determinadas obras de acondicionamiento y ampliación en algunos de ellos, es la propia concepción de éstos la que, a juicio de esta Institución, no se adapta al espíritu que preside 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, ni a su Reglamento de desarrollo, así como tampoco a las disposiciones de la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999.

En consecuencia, esta Institución considera que deben continuar los esfuerzos de la Administración orientados a un cambio conceptual, tanto en la estructura como en la gestión de los centros de internamiento. A tal fin han de realizarse los esfuerzos presupuestarios que sean necesarios al objeto de sustituir las instalaciones actualmente existentes, mediante la construcción o el acondicionamiento de otras nuevas instalaciones que permitan cumplir la medida de internamiento con pleno respeto de los derechos que a estas personas garantiza el ordenamiento jurídico.

No obstante, y en tanto se realicen dichas labores de acondicionamiento, esta Institución, en atención a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha estimado procedente formular a V. E. la siguiente recomendación: «Que con carácter urgente se proceda a la subsanación de las deficiencias observadas por esta Institución en el curso de sus visitas en relación con los diferentes centros de internamiento de extranjeros, y que han quedado señaladas en el cuerpo de este escrito».

Madrid, 26 de marzo de 2002.

Recomendación dirigida al Delegado del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración.

Recomendación 30/2002, de 1 de abril, sobre modificación de criterios para la aplicación de devoluciones y no de expulsiones a los que son detenidos mientras pretenden acceder irregularmente a territorio nacional. Aplicación efectiva de la posibilidad de solicitar anticipadamente el levantamiento de la medida de internamiento.

(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 401.)

Ha comparecido ante esta Institución, mediante el correspondiente escrito, la Asociación (...), con domicilio en (...) (Cádiz), c/ (...).

En el mismo se expone que últimamente se están incoando procedimientos de expulsión a extranjeros subsaharianos que son detenidos cuando pretenden entrar ilegalmente en España a través de la costa, bien sea en las playas, bien encontrándose a bordo de embarcaciones.

Según se mantiene en el escrito recibido, esta práctica supone un cambio de criterio de esa Administración, dado que anteriormente se procedía a la devolución, siempre que ésta era posible.

La Asociación que promueve la presente queja considera que la tramitación de expedientes de expulsión en los casos expuestos no se ajusta a Derecho, por cuanto el artículo 58 de la Ley 4/2000, modificada por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, establece en su apartado 2, que no será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en dos supuestos, uno de ellos, el contemplado en el apartado b) dice literalmente «los que pretendan entrar ilegalmente en el país».

De la documentación aportada por la Asociación promotora de la queja, se deduce que han planteado ante esa Subdelegación del Gobierno, mediante escrito de 23 de noviembre de 2001, su disconformidad con la incoación de expedientes de expulsión en los supuestos antes mencionados.

La respuesta de esa Subdelegación al citado escrito —cuya copia también nos ha remitido la Asociación citada—, pone de manifiesto que se está aplicando el artículo 57.1 de la Ley Orgánica que prevé la expulsión en el caso de que se cometa la infracción grave recogida en el apartado a) del artículo 53 «encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documentos análogos, cuando fueren exigibles, y siempre que el interesado no hubiera solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente».

Continúa el escrito de esa Subdelegación señalando que:

«Es evidente por tanto que los expedientes de expulsión incoados con internamiento cautelar en un Centro de Internamiento de Extranjeros en el caso de entrada en España por lugar no habilitado, sin disponer de documentación que permita la legal estancia o residencia en España, están basados en un supuesto perfectamente tipificado en la Ley Orgánica.

Además, debe tenerse en cuenta que dichos internamientos han sido dispuestos con la pertinente autorización judicial, que ha velado igualmente por la legalidad de la medida».

La Asociación promovente se muestra disconforme con la actuación administrativa insistiendo en la ilegalidad de la medida y solicita la intervención de esta Institución.

Analizado el problema en profundidad y teniendo en cuenta que el escrito de esa Subdelegación permite conocer la posición que esa Administración mantiene en este asunto, esta Institución debe realizar las siguientes consideraciones.

La legislación vigente en materia de extranjería establece una distinción entre devolución y expulsión en sus propias normas. En efecto, no sólo el artículo 58 de la Ley 4/2000, modificada por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, antes citado dispone que no será preciso expediente de expulsión a los que pretendan entrar ilegalmente en el país, sino que el artículo 138 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, reformada por Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, sobre devoluciones, establece en su apartado 1 que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58.2 de la Ley Orgánica, antes citado, no será necesario expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros que se hallen en alguno de los supuestos que se mencionan. Entre dichos supuestos figura en el apartado b) «Los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país, considerándose incluidos, a estos efectos, a los extranjeros “que sean interceptados en la frontera, en sus inmediaciones o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta, sin cumplir con los requisitos de entrada”».

La literalidad de los preceptos contenidos en la propia Ley Orgánica y en el Reglamento de ejecución establecen cuáles son los casos en los que se incoará expediente de expulsión y en cuáles procede la devolución.

Aun cuando la subsunción de determinados hechos en el apartado b) del artículo 58.2 planteaba algún problema dado que se refiere a los que pretendan entrar ilegalmente en el país, permitiendo suponer que su aplicación procede en aquellos casos en los cuales la persona se encuentra en la frontera y aún no ha accedido a territorio español, lo cierto es que debemos concluir, tras la aclaración efectuada por el Reglamento en su artículo 138.b) antes transcrito que incluye a los que ya se encuentran físicamente en territorio español.

Por otro lado, de la documentación aportada por la Asociación promovente de la queja se deduce que, en algunos casos, se ha procedido a tramitar expedientes de expulsión a inmigrantes que se encontraban a bordo de una embarcación.

Conviene recordar, finalmente, que la entrada ilegal al territorio español no se recoge en el texto de la Ley Orgánica vigente como infracción, lo que permite deducir que el legislador no ha considerado oportuno la misma sanción para dos conductas distintas.

Resulta evidente que la expulsión provoca perjuicios más graves que la devolución al llevar aparejada la prohibición de entrada en el territorio nacional durante un período de tiempo de tres a diez años y, tal prohibición, como es sabido, no se reduce a España sino a todos los países que han suscrito los Acuerdos de Schengen.

A juicio de esta Institución, la medida de expulsión no procede en los casos en los que se está aplicando pero, además, en el caso de los ciudadanos subsaharianos la situación se agrava dado que, en un alto porcentaje, la expulsión viene resultando inejecutable.

En consecuencia, en los supuestos de ciudadanos extranjeros en los que se pone de manifiesto la imposibilidad de hacer efectiva la devolución y también la expulsión, lo procedente sería, a juicio de esta Institución, bien autorizar su estancia o residencia o bien notificar a los interesados la orden de salida del territorio español, pero sin iniciar en el momento de su puesta en libertad un expediente de expulsión. La adopción de una u otra medida deberá valorarse en función de las circunstancias de cada caso.

Hay que considerar que la imposibilidad de ejecutar la orden de devolución o expulsión se recoge en la normativa vigente, en concreto, en el artículo 127.5 que prevé la posibilidad de solicitar de la autoridad judicial la puesta en libertad cuando con anterioridad al transcurso del plazo máximo de estancia en un centro de internamiento se tenga constancia de que la práctica de la expulsión no podrá llevarse a cabo.

Por lo anterior, la incoación de expedientes de expulsión en los casos en los que no procede su aplicación produce únicamente el efecto de perjudicar sus intereses pero, también, supone una práctica que, a juicio de esta Institución, no está amparada por la normativa.

A este respecto, la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, aun cuando referida a la anterior normativa, contiene en el fundamento jurídico tercero los siguientes pronunciamientos de indudable interés:

«Pasando al examen de la cuestión de fondo la parte actora alega sustancialmente que cuando el extranjero entre ilegalmente en territorio nacional, es decir, sin cumplir los requisitos del artículo 11 de la Ley Orgánica 7/85 y los requeridos en la sección tercera del capítulo segundo del Real Decreto, lo que procede es incoar un expediente de devolución no de expulsión.

Debemos, en primer término, aclarar cuál es el motivo por el que se abrió expediente al hoy recurrente y la causa de expulsión que determina la expulsión del mismo.

Del expediente administrativo y de la resolución recurrida resulta que la expulsión ha sido fundada en la Ley Orgánica 7/85, de 1 de julio, artículo 26.1 a) (encontrarse ilegalmente en territorio nacional por no haber obtenido la prórroga de estancia o, en su caso, el permiso de residencia cuando le fueren exigible) y en el apartado f) (carecer de medios ilícitos de vida). Sin embargo resulta probado que el señor (...) fue detenido a las 20,30 horas del día 19 de los corriente (octubre de 1996) cuando fueron detectados varios inmigrantes por funcionarios de vigilancia aduanera, a once millas frente al puerto de Málaga a bordo de una patera, careciendo de documentación regular que le permita residir en España.

En materia de sanciones administrativas se han de entender aplicables en cuanto ello sea posible los postulados o principios básicos del Derecho penal entre ellos, lógicamente, el principio de legalidad, el de tipicidad y el de presunción de inocencia. En el supuesto que nos ocupa efectivamente la Administración no debió incoar expediente sancionador puesto que la entrada ilegal en territorio nacional o por puesto no habilitado legalmente como frontera no es incardinable en el supuesto de estancia ilegal que supone al menos una correcta entrada en el territorio que deviene posteriormente en aquélla al no obtener los documentos necesarios para permanecer en el país, bien la prórroga de estancia o el permiso de residencia. La entrada ilegal no encaja en el supuesto típico de infracción recogido en el apartado a) del artículo 26.1 de la Ley Orgánica 7/1985, ni en ningún otro de la misma disposición.

Así las cosas la sala no puede por menos que dar la razón al recurrente en cuanto afirma que la conducta del señor (...) no podía dar lugar a un expediente de expulsión de carácter sancionador pues lo procedente, dada su entrada ilegal, era la devolución por la simple orden del Subdelegado del Gobierno de acuerdo con el artículo 36.2. de la Ley Orgánica a que venimos haciendo referencia y de forma inmediata, como también se expresa en el artículo 123.3 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica precitada.»

Por todo lo anterior, esta Institución, en atención a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha estimado procedente formular a V. I. las siguientes recomendaciones:

«Que por esa Subdelegación del Gobierno se proceda al archivo de los expedientes de expulsión, que se encuentran actualmente en trámite, cuando las personas sobre las que recaen hayan sido detenidas intentando su entrada ilegal en territorio nacional o los hechos sean enmarcables en el artículo 138.b) del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, acordándose, si procede, la devolución.

Que, habiéndose acordado ya la expulsión de algún ciudadano extranjero en las circunstancias expresadas en el párrafo anterior, se dicten las instrucciones oportunas al objeto de anular los expedientes de expulsión por no ajustarse a Derecho.

Que, encontrándose el extranjero en un centro de internamiento, si se llega a la conclusión, antes del transcurso del plazo máximo de estancia en el mismo, de que el retorno es imposible, se solicite la autorización judicial para la puesta en libertad del extranjero, de conformidad con lo establecido en el artículo 127.5 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio».

Madrid, 1 de abril de 2002.

Recomendación dirigida al Subdelegado del Gobierno en Cádiz.

Recomendación 86/2002, de 2 de octubre, sobre modificación de criterios para la aplicación de devoluciones y no de expulsiones a los que son detenidos mientras pretenden acceder irregularmente a territorio nacional. Aplicación efectiva de la posibilidad de solicitar anticipadamente el levantamiento de la medida de internamiento.

(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 409.)

Con ocasión de una queja promovida por (...), esta Institución tuvo conocimiento de que se están incoando procedimientos de expulsión a extranjeros subsaharianos que son detenidos cuando pretenden entrar ilegalmente en España a través de la costa, bien sea en las playas, bien encontrándose a bordo de embarcaciones.

La Asociación que promovía la presente queja consideraba que la tramitación de expedientes de expulsión en los casos expuestos no se ajusta a Derecho, por cuanto el artículo 58 de la Ley 4/2000, modificada por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, establece en su apartado 2, que no será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en dos supuestos, uno de ellos, el contemplado en el apartado b) dice literalmente «los que pretendan entrar ilegalmente en el país».

De la documentación aportada por la Asociación promotora de la queja, se deducía que el problema se había planteado ante la Subdelegación del Gobierno en Cádiz, habiendo respondido la autoridad gubernativa que se está aplicando el artículo 57.1 de la Ley Orgánica que prevé la expulsión en el caso de que se cometa la infracción grave recogida en el apartado a) del artículo 53 de la citada Ley.

En su contestación, la Subdelegación del Gobierno mantenía que era evidente que los expedientes de expulsión incoados con internamiento cautelar en un centro de internamiento de extranjeros, en el caso de entrada en España por lugar no habilitado, estaban basados en un supuesto perfectamente tipificado en la Ley Orgánica.

Analizado el problema en profundidad por esta Institución, se formularon sendas recomendaciones a la Subdelegación del Gobierno, dado que, a juicio de esta Institución no se estaba aplicando correctamente la normativa de extranjería.

El contenido de las recomendaciones¹³ dirigidas en su día a la Subdelegación del Gobierno en Cádiz fue el siguiente:

«Que por esa Subdelegación del Gobierno se proceda al archivo de los expedientes de expulsión, que se encuentran actualmente en trámite, cuando las personas sobre las que recaen hayan sido detenidas intentando su entrada ilegal en territorio nacional o los hechos sean enmarcables en el artículo 138.b) del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, acordándose, si procede, la devolución.

Que habiéndose acordado ya la expulsión de algún ciudadano extranjero en las circunstancias expresadas en el párrafo anterior, se dicten las instrucciones oportunas al objeto de anular los expedientes de expulsión por no ajustarse a Derecho.

Que encontrándose el extranjero en un centro de internamiento, si se llega a la conclusión, antes del transcurso del plazo máximo de estancia en el mismo, de que el retorno es imposible, se solicite la autorización judicial para la puesta en libertad del extranjero, de conformidad con lo establecido en el artículo 127.5 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio».

Dichas recomendaciones no han sido admitidas argumentándose para ello que, según el informe emitido por la Dirección General de Extranjería e Inmigración del Ministerio del Interior, que aclara los conceptos de devolución y expulsión, procedería esta última en los casos en los que no sea posible la devolución por no admitir el país de procedencia al extranjero.

Tal argumentación, a juicio de esta Institución carece de cobertura legal. Además la alternativa al problema de la imposibilidad de efectuar la devolución no resulta eficaz, puesto que el sujeto que no puede ser devuelto tampoco va a poder ser expulsado.

La situación jurídico-física de los inmigrantes interceptados en frontera o en sus inmediaciones suele ser similar: es decir carecen de la documentación necesaria para entrar y para permanecer en el territorio español. Ante esta situación cuando no pueden ser devueltos se les incoa expediente de expulsión, en aplicación del artículo 57.1 de la Ley Extranjería vigente, sin que la Ley y el Reglamento ofrezcan tal posibilidad.

La legislación vigente establece una distinción entre devolución y expulsión. Así, no sólo el artículo 58 de la Ley 4/2000, modificada por la Ley 8/2000, de 22 de diciembre, dispone que no será preciso expediente de expulsión a los que pretendan entrar ilegalmente en el país, sino que el artículo 138 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, establece que no será necesario expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros que se hallen en alguno de los supuestos que se mencionan. Entre dichos supuestos figura en el apartado b):

«Los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país, considerándose incluidos, a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera, en sus inmediaciones o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta, sin cumplir con los requisitos de entrada».

La literalidad de los preceptos contenidos en la propia Ley Orgánica permite deducir que el legislador no ha considerado oportuno englobar conductas distintas en la figura de la expulsión.

Aun cuando la subsunción de determinados hechos en el apartado b) del artículo 58.2 planteaba algún problema, dado que se refiere a los que pretendan entrar ilegalmente en el país, permitiendo suponer que su aplicación procede en aquellos casos en los cuales la persona se encuentra en la frontera y aún no ha accedido a territorio español, lo cierto es que debemos concluir, tras la aclaración efectuada por el Reglamento en su artículo 138.b) antes transcrito, que incluye a los que ya se encuentran físicamente en territorio español bajo ciertas condiciones.

Tal razonamiento es el que parece sustentar la comunicación de la Dirección General de Extranjería e Inmigración de fecha 1 de agosto de 2001, cuya fotocopia nos permitimos adjuntar al presente escrito, recibida en esta Institución como respuesta a la recomendación¹⁴ formulada en el mismo año con ocasión de una investigación (Q0016109), en la que se solicitaba que por parte del citado órgano directivo se dictaran las instrucciones oportunas que clarificaran el concepto de pretensión de entrada ilegal en el país, a fin de determinar en qué supuestos se debía aplicar la devolución, de acuerdo con el contenido del artículo 58.2 de la vigente Ley de Extranjería.

Como se puede apreciar de la lectura de la comunicación que se adjunta, el órgano directivo antes aludido considera que el Reglamento viene precisamente a clarificar los supuestos en los que procede la aplicación de la devolución.

Esta Institución estuvo de acuerdo con la respuesta recibida, dado que efectivamente el Reglamento clarificaba el problema detectado.

Pero, resulta evidente además que el Reglamento, al aclarar el concepto de pretensión de entrada ilegal, establece un amplio ámbito de aplicación para la medida de devolución que no resulta optativo para la Administración, sino que está predeterminado por la propia norma.

Si bien, la expulsión aparece, a priori, como un procedimiento más garantista, resulta evidente que también puede provocar perjuicios más graves que la devolución, al llevar aparejada la prohibición de entrada en el territorio nacional durante un período de tiempo de tres a diez años. A mayor abundamiento ha de recordarse que tal prohibición no se reduce a España sino a todos los países que han suscrito los Acuerdos de Schengen. Todo esto lleva a considerar que el Reglamento sigue el criterio de aplicar el procedimiento de consecuencias menos lesivas frente a una serie de conductas irregulares de los extranjeros.

Por otro lado, la medida de expulsión —teniendo presente que se está aplicando en aquellos casos en los que no es posible la devolución— únicamente sirve para provocar perjuicios a los afectados, sin que tenga realmente otra consecuencia, pues, en estos casos la orden de expulsión no va a poder ejecutarse. Todo esto nos lleva a la misma situación inicial, dado que no se puede adoptar medida alguna que conlleve el abandono efectivo, por parte del extranjero, del territorio nacional, una vez transcurra el plazo que puede permanecer en el centro de internamiento.

No es posible, obviar, además que, aun cuando sea de forma indirecta, se está actuando de forma discriminatoria en función de la nacionalidad de los inmigrantes.

En consecuencia, esta Institución entiende que la norma obliga a instruir procedimiento de devolución en aquellos casos en los que se haya producido una mera entrada ilegal en el territorio nacional, pues las dificultades de orden práctico para la ejecución material de la medida resultan en este punto irrelevantes. De suerte que, acordada la devolución, si ésta no puede realizarse, lo procedente sería comunicarle al interesado su obligación de salir del territorio español, dejándolo en libertad. La incoación de expedientes de expulsión ha de quedar reservada a aquellos casos en los que se constate que no se ha producido la salida obligatoria en los plazos legalmente previstos y necesariamente como un procedimiento posterior e independiente.

Conviene añadir que la aplicación de la expulsión en estos casos no está amparada por la normativa, dado que no es posible considerar que ante la imposibilidad práctica de aplicar un precepto pueda acogerse cualquier otro —en especial uno más gravoso— como pretendida cobertura legal a una determinada actuación administrativa.

Habida cuenta de que la situación expuesta, según hemos podido constatar, se está produciendo también en Fuerteventura, se ha considerado procedente elevar a V. E. la siguiente recomendación, de conformidad a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora:

«Que se dicten instrucciones a fin de modificar los criterios seguidos actualmente, en virtud de los cuales se vienen iniciando expedientes de expulsión a ciudadanos extranjeros que se encuentran en el supuesto contemplado en el artículo 138.1.b) del Reglamento 864/2001, procediéndose en estos casos con arreglo a los trámites procedimentales de la devolución, y ello sin perjuicio de que posteriormente pudiera resultar procedente la incoación de procedimiento de expulsión, si se acredita la permanencia irregular del extranjero en territorio español».

Madrid, 2 de octubre de 2002.

Recomendación dirigida al Delegado del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración.

Recomendación 116/2003, de 24 de septiembre, para que se dicten las instrucciones oportunas a fin de racionalizar los operativos de control de extranjeros en situación de irregularidad en los que pudiera resultar preciso efectuar detenciones; para que existan cauces de comunicación con otras administraciones concernidas; para establecer el orden de preferencia de unos extranjeros sobre otros cuando las plazas en los centros de internamiento sean escasas y para atender a la legislación sobre competencia territorial de la autoridad judicial en las autorizaciones de internamiento.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 15, pág. 512.)

En su día el Alcalde-Presidente del Excmo. Ayuntamiento de Algeciras se dirigió a esta Institución planteando una queja, en relación con el traslado hasta esa localidad de un numeroso grupo de ciudadanos extranjeros, en situación de irregularidad que habían sido detenidos en Palos de la Frontera (Huelva). Dicha queja quedó registrada con el número arriba indicado.

Una vez recibido el escrito del Alcalde-Presidente un equipo de esta Institución dirigido por la Adjunta Primera, doña María Luisa Cava de Llano, se desplazó a Algeciras el día 6 de marzo para tomar conocimiento de los datos preliminares e iniciar las actuaciones pertinentes. En el curso de la misma se mantuvo una entrevista con el Comisario Jefe de la Comisaría Local de Algeciras, don (...) y con el Jefe de la UCRIF de dicha localidad. Posteriormente la investigación ha podido completarse por medio de los informes emitidos por diversas autoridades y, en especial, por la Delegación del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Andalucía, así como por la visita realizada a la Brigada de Extranjería y Documentación de Huelva, en fecha 27 de marzo, en la que se procedió a un estudio detallado de los expedientes de expulsión tramitados bajo su responsabilidad los días 1 y 2 de marzo de 2003 en Algeciras.

En virtud de todas las actuaciones practicadas a lo largo de la tramitación de la presente investigación, esta Institución constitucional ha llegado a las siguientes conclusiones, de cuyo contenido íntegro damos traslado a V. I.:

1. Sobre la situación jurídica de los ciudadanos extranjeros detenidos en Palos de la Frontera (Huelva) el 28 de febrero de 2003

En el curso de las entrevistas con responsables de la Guardia Civil y de la tramitación llevada a cabo con la Dirección General de dicho instituto, ha quedado acreditado que los extranjeros que fueron conducidos a Algeciras desde Palos de la Frontera, no fueron instruidos de sus derechos hasta su llegada al recinto de las «Heras de la Torre» en Algeciras. Según se ha mantenido en algunos informes y entrevistas, ello se debió a que se consideraba que los extranjeros no se encontraban detenidos, sino que habían sido

desplazados para su identificación y aplicación, caso de resultar procedente, de la normativa de extranjería.

Esta explicación obliga a repasar con cierto detalle la secuencia temporal de los hechos:

En primer lugar, en el informe emitido por la Delegación del Gobierno en Andalucía se precisa lo siguiente:

«A las 7 horas del día 28 de febrero la Guardia Civil procedió al desalojo, sin que los inmigrantes opusieran resistencia, trasladándose todos ellos a una calle cercana al lugar del desalojo, sentándose en la calle y mostrando su disconformidad a abandonar la concentración.

Por parte de la Guardia Civil y la Policía Nacional se procedió de nuevo (aproximadamente a las 8,30 horas) a desalojar a los inmigrantes concentrados nuevamente en una calle del casco urbano, “viéndose obligados a detenerlos no sólo por estancia irregular sino por resistencia a finalizar la concentración”, teniendo que ser varias de estas personas trasladados en brazos por parte de los agentes de la Guardia Civil de Palos de la Frontera ante su resistencia a levantarse del suelo de la calle».

Ciertamente no parece que el informe de la Delegación del Gobierno deje lugar a dudas sobre cual fue la condición jurídica en la que quedaron los afectados desde un primer momento. Pero, a mayor abundamiento y aun admitiendo, a los puros efectos dialécticos, la argumentación de la Guardia Civil sobre que no se produjo una detención sino un requerimiento de acreditación de identidad amparado en el artículo 20 de la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, esta no parece una cobertura jurídica suficiente a la vista de cómo se desarrollaron los acontecimientos.

El referido artículo 20 comienza indicando que los agentes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad podrán requerir la identificación de las personas y, a tal efecto, efectuar las verificaciones oportunas. A dicho fin el segundo párrafo de dicho precepto precisa lo siguiente:

«De no lograrse la identificación por cualquier medio, y cuando resulte necesario a los mismos fines del apartado anterior, los agentes, para impedir la comisión de un delito o falta, o al objeto de sancionar una infracción, podrán requerir a quienes no pudieran ser identificados a que les acompañen a dependencias próximas y que cuenten con medios adecuados para realizar las diligencias de identificación, a estos solos efectos por el tiempo imprescindible».

Pues bien, asumiendo que el traslado de los extranjeros al acuartelamiento de la Guardia Civil en Palos de la Frontera en la mañana del día 28 de febrero de 2003, tuviera como único objeto proceder a la identificación de los interesados, lo cierto es que, según

los propios informes oficiales, esto resultó inviable en la mayor parte de los casos dado el alto número de personas.

A lo que parece, una vez que los interesados se encontraban en las instalaciones de la Guardia Civil, se tomó conciencia de la imposibilidad de efectuar la identificación de todos ellos con las debidas garantías, por lo que comenzaron a barajarse otras alternativas. Ahora bien, en primer lugar desde el momento de la conducción de los extranjeros al acuartelamiento hasta el de la identificación, transcurrieron varias horas y se produjo un viaje a Algeciras. Estas circunstancias no pueden resultar irrelevantes y exigen determinar cuál era la condición jurídica de los interesados durante todo ese proceso.

Es claro que el artículo 20 de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana contiene una habilitación a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad para que, a fin de salvaguardar los intereses generales y bajo las demás premisas que se establecen en el propio precepto, puedan proceder a la identificación de determinadas personas, a cuyo efecto les está permitido requerir a los interesados para que les acompañen a dependencias policiales. Ahora bien, tal requerimiento no supone un apoderamiento legal incondicionado sino que viene constreñido en la propia Ley por una serie de requisitos muy precisos; a saber, la proximidad de las dependencias a las que los interesados deben ser conducidos, el que estas dependencias cuenten con medios adecuados para practicar la identificación y, por último, que el trámite sólo ocupe el tiempo mínimamente imprescindible.

Es claro que, en un primer momento, el traslado de los inmigrantes al acuartelamiento de la Guardia Civil en Palos de la Frontera sí cumplía el requisito de proximidad. Sin embargo, es también evidente que el posterior traslado a Algeciras suponía una extralimitación de esa obligación (entre otras cosas porque entre el punto de origen y el de destino forzosamente han de existir varias oficinas con capacidad técnica para llevar a cabo estas diligencias), por lo que la práctica analizada difícilmente puede ampararse en el precepto que se viene comentando, al no cumplir el requisito de proximidad.

En cuanto a la disponibilidad de medios, dado que la Guardia Civil no cuenta con competencias en materia de extranjería, según se deduce de la lectura del artículo 12 de la Ley Orgánica, 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, la conducción de los extranjeros hasta sus instalaciones sólo puede estar justificada por el hecho de que previamente se hubieran dispuesto los efectivos y medios técnicos necesarios por parte del Cuerpo Nacional de Policía para hacer factible la identificación y, caso de resultar procedente, la posterior aplicación de la legislación de extranjería. Según se infiere de todo lo actuado, tales medios o no fueron desplazados a Palos de la Frontera o lo fueron en número insuficiente. Esta circunstancia fue la principal causa desencadenante de toda una serie de problemas que más adelante se abordarán.

Así las cosas, sin medios para proceder a la identificación e incluso sin intérpretes que hicieran posible la formalización de las diligencias con unas mínimas garantías, es evidente

que el plazo de tiempo que hubieron de permanecer los extranjeros bajo la responsabilidad de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad actuantes excedió también el criterio de restricción mínima sentado por la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana. Desde el momento mismo en que se evidencia la imposibilidad de efectuar las identificaciones y los subsiguientes trámites de extranjería en Palos de la Frontera hasta que las mismas se realizan en Algeciras transcurren no menos de 24 horas, y media un viaje de varios cientos de kilómetros efectuado en vehículos policiales acompañados de una conducción de seguridad.

Durante todas esas horas, a criterio de esta Institución, resulta evidente que la condición jurídica de los interesados era, en cualquier caso, la de detenidos. Y ello ha de ser así tanto en el caso de que aquellos sobre los que pudiera lograrse su identificación en Palos de la Frontera, como en el de aquellos otros en los que esta identificación se demorara hasta su llegada a Algeciras. En el primer supuesto es evidente que si una vez identificados no se produjo inmediatamente la puesta en libertad, esa limitación de derechos tan sólo puede obedecer a que se les consideraba detenidos a la espera de la iniciación de los trámites gubernativos de extranjería. En el segundo caso la dilación producida hasta la realización material de la identificación obliga a considerar esta situación como una detención, ya que de otro modo estaríamos admitiendo la existencia de un espacio intermedio entre la libertad y la detención, no sujeto a limitación temporal ni geográfica alguna, que no goza de amparo en nuestro Derecho y cuya existencia debe, por tanto, ser rechazada.

En relación con esto, no resulta ocioso traer a colación el pronunciamiento del Tribunal Constitucional, quien en la sentencia 98/1986, precisaba 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...».

Y siendo la condición jurídica de los interesados la de detenidos, resulta entonces insoslayable cumplir con las garantías previstas para tal situación en nuestro ordenamiento y muy especialmente con la obligación de practicar la debida información de derechos, de la forma y manera prevista en el artículo 520.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. La ley prescribe para este trámite, por medio del cual los detenidos llegan a conocimiento de la causa de su detención y de los derechos que les asisten, una especial urgencia («de forma inmediata» precisa la norma) y exige además que la práctica de la información se lleve a cabo de manera que el contenido sustancial de lo que se comunica sea comprensible para el interesado. Es, pues, clara la voluntad de la norma de no dejar lugar a la apreciación de la autoridad gubernativa ni, por supuesto, permitirle que esta diligencia se demore por cuestiones de oportunidad hasta el momento en que los interesados sean entregados bajo la responsabilidad de otro Cuerpo de Seguridad. Sin embargo tal cosa no se hizo hasta que los interesados pasaron a disposición del Cuerpo Nacional de Policía, en unos casos en Huelva y para la mayor parte en Algeciras.

La falta de este trámite de información de derechos impidió, por ejemplo, que los detenidos pudieran manifestar su deseo de ser asistidos en Palos (o al menos dentro del límite geográfico de la provincia de Huelva) por letrados concedores de su situación jurídica —lo cual probablemente hubiera hecho innecesario el posterior traslado a Algeciras de varios de ellos— o que pudieran solicitar intérpretes con los que comunicar a los agentes de los Cuerpos actuantes las circunstancias particulares que sean de interés para valorar la conveniencia de proseguir con las actuaciones o poner a los interesados en libertad inmediatamente. En última instancia un mayor conocimiento de su situación también hubiera permitido que los interesados contactaran telefónicamente con sus familiares, caso de tenerlos, o con terceras personas para informarles de su detención y traslado a Algeciras.

En atención a cuanto se ha expuesto, para esta Institución resulta claro que cuando la Guardia Civil, siguiendo órdenes superiores, retuvo en su acuartelamiento de Palos de la Frontera a los extranjeros y posteriormente asumió su traslado hasta Algeciras, adquirió por este hecho la obligación legal de cumplir con lo preceptuado en el artículo 520.2 de la Ley rituarial penal, sin que la falta de competencias en materia de extranjería pueda justificar, atendidas las circunstancias del presente caso, una desatención a dicho precepto.

En otro orden de cosas, ningún dato de los obtenidos en el conjunto de las actuaciones permite mantener que algunos de los detenidos fuera menor de edad, tal y como se indicaba en la queja que ha dado lugar a esta investigación.

2. Sobre el traslado de los detenidos hasta Algeciras

Según ha quedado acreditado en el curso de la investigación, el traslado de los extranjeros detenidos desde Palos de la Frontera hasta Algeciras fue una solución que la Administración general del Estado adoptó como modo de resolver varios problemas: el alto número de extranjeros detenidos, los escasos efectivos de los servicios del GOE de Huelva y, principalmente, la falta de un espacio adecuado para poder efectuar los trámites necesarios en ejecución de la Ley de extranjería.

Consta por la información oficial que, con carácter previo a la adopción de esta decisión, se contemplaron otras alternativas situadas dentro de la Provincia de Huelva, aunque no se especifican las causas por las que no fue posible optar por alguna de ellas.

En cualquier caso, parece evidente la existencia de una desproporción entre el fin perseguido (el cumplimiento de unos trámites administrativos) y los medios adoptados para su consecución. Esta desproporción y el hecho mismo del traslado están en la causa de otras disfunciones que también han podido detectarse. Un criterio más prudente hubiera aconsejado al menos proceder a la completa verificación de las filiaciones de los detenidos antes de proceder al traslado de todos ellos. De este modo, en último caso, sólo tendría que haberse trasladado a los que fueran a ser objeto de un expediente de expulsión y no a aquellos que quedaron en libertad una vez que se comprobaron sus identidades.

La pretensión de amparar esta práctica en la capacidad que la Administración tiene para efectuar las comprobaciones que resulten necesarias con carácter previo a decidir si procede la apertura de un expediente sancionatorio (artículo 93 Reglamento de Extranjería) no resulta convincente. Tampoco lo parece la argumentación basada en que las disposiciones de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana que permiten a los agentes de la autoridad requerir a quienes no puedan ser identificados a que les acompañen a dependencias próximas y en las que se cuente con medios adecuados para tal trámite.

Ciertamente la Administración está facultada para efectuar las comprobaciones previas que estime necesarias, pero también está obligada para ello a disponer de los medios técnicos y humanos precisos para no causar molestias extraordinarias o desproporcionadas a los administrados. En lo que respecta a la aplicabilidad de los preceptos de la Ley de Protección de Seguridad Ciudadana, su mera lectura pone de manifiesto que la ratio de la norma es absolutamente distinta a la que aquí se plantea. En el caso que se analiza no se parte de una situación de libertad, en la que alguien que no puede ser identificado por otros medios es conminado para acudir a una dependencia administrativa, sino de una situación procedimental muy distante, puesto que estas personas ya estaban en un centro administrativo en calidad de detenidos.

Es evidente que la Administración tomó como prioridad máxima la necesidad de cubrir unos determinados trámites y para ello dispuso un traslado, en las particulares condiciones que resultan de la condición de detenido, a más de 275 kms, sin tener en consideración las consecuencias para los interesados y especialmente para los que quedarán en libertad, dado su nulo arraigo en esa zona.

La única vía para prevenir este tipo de sucesos es que la Administración no se vea abocada a una improvisación, fruto de la cual puede confundirse el orden de las prioridades. Para ello, en la medida de lo posible, debiera apostarse por la formación de equipos específicos dependientes de los servicios centrales con capacidad para atender incidencias como la reseñada y con dispositivos técnicos que le permitan actuar directamente o suplementar los servicios existentes en cualquier parte del territorio nacional. En todo caso, parece insoslayable la necesidad de asumir criterios de racionalización y adecuación de estructuras para hacer frente a este tipo de operativos que si pueden ser considerados como una contingencia imprevisible desde la perspectiva de una Subdelegación de Gobierno no debieran ser enfrentados por los servicios centrales con soluciones tan precarias y contraproducentes como la que se está analizando.

Como cuestión accesoria aunque no desdeñable, debe referirse que con un traslado tan numeroso y en estas condiciones la Administración asumió un importante riesgo, ya que cualquier eventual accidente de tráfico podría haber comportado importantes responsabilidades patrimoniales. Dicho riesgo tampoco guarda proporción con el fin al que atendía la medida.

En lo que a las condiciones materiales del traslado se refiere, ha quedado acreditado que el mismo se llevó a cabo en furgones celulares de la Guardia Civil. Sin embargo, no ha podido establecerse que la fuerza actuante empleara medios de contención, tales como esposas o los llamados «lazos de seguridad», durante el traslado.

3. Sobre la ausencia de información a las autoridades locales de Algeciras sobre el operativo

En el escrito del Alcalde de Algeciras que dio lugar a la apertura de esta investigación, se hacía alusión a la puesta en libertad de un número cercano a los 100 extranjeros trasladados desde Palos de la Frontera. Una vez conocidos los hechos lo cierto es que el número de los que finalmente fueron puestos en libertad fue de 51 personas.

Por otra parte, también ha quedado acreditado que ninguna autoridad de la Administración general del Estado consideró que fuera necesario advertir a las autoridades locales de Algeciras, en tanto que responsables de los servicios sociales básicos, sobre la situación que podía producirse. Las explicaciones que se han barajado respecto a este punto apuntan a que se consideró que esta era una actuación amparada en las competencias de la Administración general del Estado y que, por ello, no resultaba necesario dar comunicación a otras administraciones. Además, se ha indicado que los extranjeros una vez en libertad podían dirigirse al lugar que prefirieran por lo que no había que pensar en que supusieran un problema para el Ayuntamiento de Algeciras.

Sin embargo ha de tenerse especialmente en cuenta que el respeto a los principios de coordinación y eficacia, aludidos en el artículo 103.1 de la Constitución como marco referencial de la labor de las administraciones públicas, demanda que la comunicación de situaciones como la que se viene describiendo constituya una práctica habitual.

De esta suerte, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, hace de la coordinación uno de los principios generales que ha de presidir la actuación administrativa. De hecho el Tribunal Constitucional, en su sentencia 32/1983, indicó que la coordinación general debe ser entendida como la fijación de medios y de sistemas de relación que hagan posible la información recíproca, la homogeneidad técnica en determinados aspectos y la acción conjunta de las diversas autoridades en el ejercicio de sus respectivas competencias.

En el presente caso el principio de coordinación viene necesariamente complementado con el principio de cooperación que, si bien no aparece nítidamente en la Constitución, resulta inherente a un modelo competencial descentralizado como el nuestro. Dicho principio surge de la evidencia de la necesaria complementariedad del ejercicio de las propias competencias con la concurrencia en actuaciones comunes de los diferentes poderes públicos a partir de las cuales se trata de obtener beneficios recíprocos, una mayor efectividad en el ejercicio de las competencias compartidas o el funcionamiento armónico de un sistema cuyos elementos son interdependientes.

Sin menoscabo de lo anterior ha de tomarse igualmente en consideración que la Ley 30/1992, dispone en su artículo 4.1 que «las administraciones públicas actúan y se relacionan de acuerdo con el principio de lealtad institucional» a cuyo efecto deberán:

«b) Ponderar, en el ejercicio de las competencias propias, la totalidad de los intereses públicos implicados y, en concreto, aquellos cuya gestión esté encomendada a las otras administraciones.

c) Facilitar a las otras administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen en el ejercicio de sus propias competencias».

Finalmente, junto a los demás principios ya expuestos, cabe también mencionar la relevancia del principio de colaboración que, como ha indicado el Tribunal Constitucional en su sentencia 85/1993, debe presidir las relaciones entre todas las administraciones. Esta exigencia no es preciso justificarla en preceptos concretos, porque deriva de la esencia del modelo de organización territorial que la Constitución implanta.

En atención a esta doctrina constitucional y legal, a criterio de esta Institución, las explicaciones facilitadas por la Administración general del Estado para justificar la falta de comunicación con el Ayuntamiento de Algeciras no pueden considerarse suficientes. En primer lugar, ha de tenerse en cuenta que no encontramos ante personas que son detenidas en una concentración, que no llevan efectos personales consigo, que notoriamente no disponen de dinero en cantidades suficientes para subvenir a sus gastos una vez en libertad y que han sido trasladados a un lugar muy alejado del sitio en el que se encontraban. Por todo ello no parecía muy difícil prever que estas personas iban a precisar ayuda de algún tipo y que su importante número hacía muy aconsejable que el aviso partiera de las propias autoridades responsables del traslado en lugar de dejar que la situación se hiciera patente para la ciudadanía y el Ayuntamiento de Algeciras.

Tampoco puede dejar de tomarse en consideración que la Administración general del Estado conocía antes de disponer el traslado hasta Algeciras que sólo disponía de 46 plazas en los diversos centros de internamiento del territorio nacional, por lo que en ningún caso podía pensar en internar a un mayor número de extranjeros y, consecuentemente, pudo prever que resultaría inevitable la inmediata puesta en libertad de la mayor parte de los trasladados tras las oportunas comprobaciones o la incoación de los correspondientes procedimientos sancionadores.

Por lo demás, aun cuando no hubiera resultado posible determinar con antelación el número de los extranjeros que iban a quedar en libertad hasta completar los posteriores trámites a su llegada a Algeciras, no es menos cierto que las autoridades gubernativas podrían haberse puesto en contacto con el Ayuntamiento al menos a partir de ese momento, cosa que no hicieron.

En cualquier caso, la evidencia sobre la necesidad de algún tipo de ayuda social no debía de resultar difícil de percibir, según ya se ha indicado, y a ello debe unirse el hecho de que ya durante la detención de los interesados en el acuartelamiento de la Guardia Civil en Palos de la Frontera el Ayuntamiento de dicha localidad se hizo cargo de la manutención y la Cruz Roja hubo de proporcionar mantas y otros útiles de primera necesidad, por lo que la precariedad de medios de los interesados y su dependencia de los recursos sociales de emergencia no resultaba desconocida para la propia Administración.

A la vista de todo lo expuesto, debe concluirse la falta de corrección de la actuación de la Administración general del Estado cuando no informó al Ayuntamiento de Algeciras del operativo que se viene analizando. Sólo de esta manera la Administración municipal podría estar en condiciones de haber adoptado las medidas adecuadas para atender a los interesados, reforzar sus servicios —particularmente en días festivos, como ocurrió en este caso— y tener a punto los recursos sociales más idóneos.

4. Sobre la no aplicación de criterios objetivos para decidir los extranjeros que serían sometidos a una medida de internamiento

De los 59 expedientes de internamiento abiertos en Algeciras a los detenidos en Palos de la Frontera, 46 extranjeros fueron sometidos a una medida de internamiento. A la vista de todo lo actuado en esta investigación, puede afirmarse que la solicitud cursada a la autoridad judicial para que accediese a dicha medida no obedeció a ninguna circunstancia objetiva acreditada en el curso del expediente, sino a una pura cuestión aleatoria: los nombres de los que fueron internados figuraban en los 46 primeros puestos de la lista manejada por la Policía. Otros 13 extranjeros, en principio con similares circunstancias personales que sus compañeros, no fueron internados al no disponerse de plazas en los centros correspondientes.

Con ocasión del examen de los expedientes que realizaron los servicios de esta Institución, se puso especial cuidado en verificar si el internamiento guardaba relación con la existencia de posibilidades reales de proceder a materializar las expulsiones. Ha de tenerse en cuenta que, de acuerdo con el artículo 62 de la Ley 8/2000, no tiene ni puede tener una consideración sancionatoria, entre otras cosas porque de ser así sería inconstitucional por vulnerar el artículo 25.3 de la norma suprema, por lo que su única función es la de asegurar el cumplimiento de la medida de expulsión que eventualmente pueda adoptarse una vez finalizado el expediente.

En esta tesitura, es evidente que no existe una obligación de internar a todos los extranjeros sometidos a procedimientos de expulsión, máxime cuando los interesados alegan unas nacionalidades que, de acuerdo con la dilatada práctica de la propia Administración, hacen muy difícil la materialización de las resoluciones de expulsión. Así las cosas, si la autoridad gubernativa sólo disponía de un número de plazas determinado, debiera haber llevado a cabo una mayor labor indagatoria para determinar a quiénes

convenía internar y a quiénes no y ello sin adoptar el número de plazas disponibles en los Centro de Internamiento como un objetivo a cubrir en todo caso. Lo que, en modo alguno, resulta admisible es un automatismo en la solicitud de autorizaciones de internamiento evidencie un análisis individualizado de cada expediente.

No parece probable que la autoridad judicial estuviese informada de los peculiares criterios seguidos para solicitar o no el internamiento de la mayor parte de los extranjeros a los que le fue incoado expediente, pues de ser así entendemos que esta circunstancia le habría llevado a adoptar alguna determinación al respecto a la búsqueda de unos criterios más razonables.

5. Sobre la competencia territorial de los órganos judiciales para conocer las solicitudes de internamiento

La información oficial proporcionada por la Delegación del Gobierno en Andalucía indica que los juzgados de guardia de Moguer y Algeciras llegaron a un acuerdo sobre que este último sería el órgano encargado de atender las solicitudes de internamiento que pudieran presentarse.

Sin embargo la competencia territorial no resulta disponible a criterio de los órganos judiciales. En esta materia debe partirse de lo dispuesto en el artículo 62.1 de la Ley Orgánica 4/2000, de acuerdo con la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2000, en donde se señala que la autoridad gubernativa propondrá el ingreso del extranjero en un CIE «al juez de instrucción competente». En orden a establecer esa competencia debe tenerse en cuenta en primer lugar el artículo 496 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en el cual se indica que los detenidos se pondrán a disposición del «juez más próximo al lugar en que se hubiera hecho la detención». Finalmente el Reglamento de ejecución de la Ley de Extranjería señala inequívocamente en el artículo 127.1 que la función de autorizar los internamientos corresponde «al juez de instrucción del lugar en que hubiese sido detenido el extranjero».

En todas las solicitudes de internamiento consta que la detención se produjo en Palos de la Frontera (Huelva), por tanto no cupo error posible sobre cuál era el órgano judicial competente y, en consecuencia, el Juzgado de Instrucción de Algeciras en funciones de guardia debió haberse abstenido de autorizar internamiento alguno, remitiendo el asunto a conocimiento de su homólogo de Moguer.

Debe reseñarse igualmente que de haber sido más cuidadosos los titulares de los órganos judiciales con la norma competencial, el traslado de los detenidos hasta Algeciras hubiera resultado inviable, con lo que se habrían evitado los otros problemas que han quedado expuestos.

6. Sobre la actuación de los letrados que prestaron asistencia de oficio a los ciudadanos extranjeros en Algeciras

A juzgar por cuanto se ha indicado, y de acuerdo con las alegaciones que los letrados presentaron en la totalidad de los expedientes que fueron instruidos en Algeciras durante el operativo al que nos venimos refiriendo, no puede efectuarse una valoración positiva de la actuación de estos profesionales.

Según ha podido comprobarse, su firma consta en los oportunos documentos de los expedientes, pero la escasa entidad jurídica de sus alegaciones, su generalidad, la falta de una mínima individualización e, incluso, algunos errores palmarios (como puede ser cuestionar el internamiento de alguien que no está internado o denominar «recurso de alzada» lo que tan sólo son unas alegaciones) evidencia poco rigor profesional en su actuación.

A la vista de la cronología de los hechos, también parece claro que los letrados no pudieron entrevistarse reservadamente con los extranjeros a los que asistían. Esa falta de contacto se evidencia igualmente en el tono generalista de los escritos, que no descienden a consideraciones sobre las circunstancias específicas del interesado, sino sólo a cuestiones de bulto.

A juicio de esta Institución, resulta igualmente significativo el hecho de que tras la concesión de un nuevo plazo de alegaciones por parte del órgano instructor, al reconocerse en la propuesta de resolución que se había producido un error material al designar a la Subdelegación del Gobierno en Cádiz como el órgano encargado de resolver en lugar de la Subdelegación del Gobierno en Huelva que era a la que correspondía tal función, ninguno de los letrados personados en el procedimiento hizo uso de esta posibilidad. No parece que, a tenor de los días transcurridos, los letrados puedan argumentar que no dispusieron de tiempo para estudiar a fondo las peculiaridades de cada caso.

De todo lo actuado no ha resultado posible esclarecer si una asistencia como la descrita obedece a carencias formativas de los letrados responsables o a un bajo interés en la suerte de los procedimientos. No obstante, no puede ocultarse la conclusión de que la práctica totalidad de los recursos están muy pobremente sustentados. Al mismo tiempo, el criterio de recurrir sin concretar en la medida adecuada la exacta disconformidad con el proceder administrativo y mediante argumentos siempre idénticos difícilmente pueden cumplir con su función de salvaguardar los derechos de los extranjeros asistidos.

En el informe emitido por el Decano del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Cádiz en el curso de la tramitación de la queja F0300037 se viene a justificar esta práctica argumentando que:

«... a iguales resoluciones administrativas corresponden iguales recursos, porque los abogados no son literatos y tienen que ceñirse a los hechos que se les dan y a los

fundamentos de derecho que sean aplicables a esos hechos. Y contra resoluciones que recogen supuestos idénticos de devolución o expulsión, los hechos a exponer son idénticos y los fundamentos de derecho también. Si la Administración dicta resoluciones, incluso colectivas, absolutamente idénticas, no se puede pedir al abogado que haga recursos absolutamente distintos».

Esta Institución debe cuestionar la lógica que subyace a esta explicación, a tenor de la cual la eventual mala actuación de la Administración serviría de base para una actuación poco diligente de los letrados encargados, precisamente, de actuar como garantes del seguimiento puntual y riguroso del procedimiento. Es evidente que los hechos deben ser inamovibles y que la actuación profesional de todo abogado ha de ceñirse a ellos; pero no es menos cierto que las situaciones personales y jurídicas de cada uno de los afectados por los actos administrativos pueden no ser —y de hecho frecuentemente no son— totalmente coincidentes. Esa labor de análisis de caso en concreto es la que se echa en falta en los expedientes que se vienen analizando. Ciertamente puede haber varios recursos con idéntico fundamento y esto no ha de resultar extraño ni merecer reproche alguno, pero no parece posible mantener la idoneidad de una actuación en la que todos los recursos son habitualmente idénticos y en los que, además, se han detectado errores tan notorios como algunos de los que han sido señalados en los párrafos precedentes.

En estos términos la garantía que presupone la asistencia letrada se convierte en un puro formulismo vacío de contenido que, además, conlleva un relevante coste para el erario.

En mérito de todo lo expuesto, esta Institución constitucional, de acuerdo con lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha estimado procedente formular a V. I. las siguientes recomendaciones:

«1. Que se adopten las medidas estructurales precisas y se dicten las oportunas instrucciones a los servicios periféricos de esa Dirección General para racionalizar los operativos especiales de control de extranjeros en situación de irregularidad en los que pueda resultar preciso proceder a la detención de los interesados; todo ello al objeto de favorecer que la realización de los trámites que sean procedentes se lleve a efecto habitualmente dentro de la demarcación del partido judicial correspondiente al lugar de la detención y, en cualquier caso, dentro de los límites territoriales de cada provincia.

2. Que se dicten instrucciones para que en los operativos policiales que impliquen la movilización de un número significativo de extranjeros, los servicios responsables de los mismos establezcan los oportunos cauces de comunicación con las demás administraciones públicas que puedan estar concernidas, a fin de evitar en lo posible situaciones de emergencia social para las que no exista la adecuada previsión.

3. Que cuando los servicios dependientes de esa Dirección General entiendan necesario solicitar medidas de internamiento para varios extranjeros sometidos a

procedimientos de expulsión, y en el supuesto de que el número de posibles afectados por tal medida supere el de plazas asignadas en los centros de internamiento, se impartan criterios generales que permitan la ponderación individual de las circunstancias de los interesados con la finalidad de establecer un orden prelatorio objetivo para efectuar las solicitudes. Que, en tales casos, los criterios aplicados sean puestos en conocimiento de la autoridad judicial a la que corresponda autorizar los internamientos en el momento de elevar las solicitudes a su conocimiento.

4. Que se recuerde a los servicios periféricos de esa Dirección General la necesidad de atenerse estrictamente a la legislación sobre competencia territorial de la autoridad judicial para decidir sobre las autorizaciones de internamiento, de modo que dichas solicitudes se presenten en todo caso ante el juez de instrucción correspondiente al lugar de la detención de los interesados».

Sin perjuicio de lo anterior, cúmpleme comunicar a V. I. que respecto de la presente investigación y siguiendo la línea de las conclusiones precedentes, con esta misma fecha, se han dirigido también sendas recomendaciones, en el ámbito de sus respectivas competencias, a la Delegación del Gobierno en Andalucía, a la Dirección General de la Guardia Civil y al Decano del Ilustre Colegio Provincial de Abogados de Cádiz. Igualmente se procede a remitir copia de las resoluciones dictadas al Consejo General del Poder Judicial, para que en el ejercicio de sus atribuciones adopte las medidas que considere adecuadas, así como al Fiscal General del Estado.

Por otra parte, a fin de propiciar la adecuada coordinación institucional en relación con algunas de las cuestiones analizadas en el curso de esta investigación, se ha determinado dar traslado del contenido de las resoluciones dictadas a la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, así como al Consejo General de la Abogacía Española.

Madrid, 24 de septiembre de 2003.

Recomendación dirigida al Director General de la Policía.

Recomendación 96/2005, de 5 de octubre, relativa a las garantías judiciales en el internamiento, al régimen de los recursos frente a la denegación de entrada y a la publicidad de las instrucciones administrativas de alcance general.

BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 280, pág. 518

Esta Institución ha elaborado un informe monográfico sobre la asistencia jurídica a los extranjeros en España, que ha sido remitido a las Cortes Generales.

En primer lugar, me complace remitir a V. E. una copia íntegra del mismo.

Asimismo, y en virtud de las consideraciones que en el informe se contienen en detalle, de acuerdo con lo previsto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, formulo a V.E. las siguientes RECOMENDACIONES:

1. Que, de acuerdo con el Ministerio de Justicia, se adopten las medidas legislativas oportunas para modificar la legislación a fin de atribuir la competencia para autorizar los internamientos a los juzgados de lo contencioso-administrativo.

2. Que se modifique el régimen normativo existente en lo referente a los recursos administrativos que caben contra las resoluciones de denegación de entrada y retorno, de modo que dichas resoluciones pongan fin a la vía administrativa y pueden ser directamente recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Asimismo, que en tanto se resuelva judicialmente se suspenda la ejecutividad de la medida de retorno, estableciéndose la permanencia del interesado en el lugar que se designe conforme a las previsiones del artículo 60 de la Ley de extranjería.

Que, de no ser acogida la anterior propuesta, se establezca cuando menos un recurso de alzada específico con un plazo de tramitación reducido, durante el cual el interesado permanecería en las instalaciones del puesto fronterizo hasta la resolución del recurso.

3. Que se cursen las indicaciones oportunas para que las instrucciones de carácter interadministrativo en materia de extranjería que se dicten por toda clase de autoridades se publiquen siempre en el Boletín Oficial del Estado, en aras de garantizar los principios de seguridad jurídica, así como los de responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Madrid, 5 de Octubre de 2005.

Recomendación formulada al Ministro de Trabajo e Inmigración.

Recomendación 77/2009, de 26 de junio, sobre verificación de las resoluciones judiciales que afecten a la suspensión de la materialización de una orden de expulsión, cuando se reciben en los Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE).

(BOCG. Sección Cortes Generales. IX Legislatura. Serie A, núm. 329, p. 512.)

Se acusa recibo a su atento escrito (...), en el que nos contesta a la queja planteada por doña (...) en representación de don (...) y registrada con el número arriba indicado.

En dicho informe se comunica, entre otras cuestiones, que hasta el día 30 de enero de 2008, el Centro de Internamiento de Extranjeros de Valencia no tuvo conocimiento del auto de suspensión de la ejecución de la resolución de expulsión, dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 4 de Murcia, el día 28 de enero de 2008, mediante el que se ratificaba la suspensión adoptada de manera provisionalísima mediante Auto de 25 de enero.

En relación a este auto que acordaba la suspensión provisionalísima, la Fiscalía General del Estado ha dado traslado a esta Institución del informe emitido por el Magistrado Juez del Juzgado de lo Contencioso-administrativo número 4 de Murcia, cuya copia se adjunta, en el que se indica que el Auto dictado el día 25 de enero, fue comunicado a las 12.02 horas de ese mismo día por fax al Centro de Internamiento de Extranjeros de Valencia, sin que por parte del citado centro se realizara gestión alguna a fin de verificar la veracidad del mismo, ni tampoco se pusiera en conocimiento del Juzgado de Instrucción que decretó el internamiento el contenido de la comunicación recibida.

Con motivo de otra investigación (...), esta Institución ha podido comprobar cómo, en estas dos ocasiones, los directores de los centros de internamiento, ante la recepción de un fax en el que se comunica que se ha suspendido la ejecución de la resolución de expulsión de un interno, no realizan las comprobaciones necesarias, a fin de confirmar la veracidad del contenido del documento, ni ponen en conocimiento del Juzgado de Instrucción, en virtud de lo previsto en el artículo 153.6 del Real Decreto 2393/2004 [de 30 de diciembre], de la anterior circunstancia que, sin duda, es de notable relevancia para la situación del extranjero internado. A efectos ilustrativos, se adjunta copia del recordatorio de deberes legales que se dirigió al Comisario Provincial de Málaga, con motivo de la investigación citada.

Por todo lo anterior, esta Institución, en atención a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, ha estimado procedente formular a V. I. la siguiente recomendación:

«Que se dicten instrucciones dirigidas a los directores de los Centros de Internamiento de Extranjeros, recordando a los mismos el contenido del artículo 153.6 del Real Decreto 2393/2004 [de 30 de diciembre], instándoles a que se compruebe con carácter

inmediato la veracidad de las resoluciones judiciales de las que tengan conocimiento por cualquier medio, que suspendan la materialización de la resolución administrativa para cuya ejecución está privado de libertad el interno, y que se ponga con la mayor urgencia en conocimiento del Juzgado de Instrucción que autorizó el internamiento, la existencia del auto de suspensión dictado por la jurisdicción competente.»

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de V. I. y en espera de la preceptiva respuesta.

Madrid, 26 de junio de 2009.

Recomendación dirigida al Comisario General de Extranjería y Fronteras. Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil. Ministerio del Interior.

Recomendación 113/2009, de 28 de septiembre, para que no se solicite el internamiento de adultos acompañados de menores de edad en los centros de internamiento de extranjeros, en tanto no se adecuen módulos familiares específicos.

(BOCG. Sección Cortes Generales. IX Legislatura. Serie A, núm. 329, p. 533.)

Se acusa recibo a su atento escrito (...), en el que nos contesta a la queja planteada por don (...), Coordinador de (...), y registrada en esta Institución con el número arriba indicado. En dicho informe se comunica, entre otras cuestiones que: «En el presente caso, el ingreso del menor se llevó a cabo, de acorde con lo arriba señalado, con informe previo del fiscal de guardia...». Sin embargo, en fechas recientes, se ha recibido el informe remitido por la Fiscalía Provincial de Granada sobre las circunstancias que rodearon el internamiento del menor de edad en el Centro de Internamiento de Extranjeros de Málaga. El citado informe reconoce que el Auto de 2 de febrero de 2009, del Juzgado de Instrucción número 1 de (...) por el que se acuerda, entre otros, el internamiento del menor de edad, incurrió en un error al no contar con el preceptivo informe del Ministerio Fiscal. Una vez detectado el error, cuando el menor se encontraba ya en el centro de internamiento, el fiscal interpuso recurso contra el citado auto, a fin de, entre otras cuestiones, subsanar dicha carencia.

Asimismo, como ya se tuvo ocasión de comunicar a V. I. en nuestro anterior escrito, el ingreso del menor en el Centro de Internamiento de Málaga no cumplía los requisitos previstos en la legislación aplicable. La explicación ofrecida por parte de la Comisaría de (...) no resulta suficiente, ya que una conversación mantenida con miembros del Ministerio Fiscal, no puede sustituir en modo alguno la obligación de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía de conocer y aplicar con todo rigor las normas vigentes.

Por todo cuanto antecede, el Defensor del Pueblo en el ejercicio de las responsabilidades que le confieren los artículos 54 de la Constitución, y 1 y 9 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, regula-dora de esta Institución, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de aquella ley orgánica, recuerda a V. I. el deber legal que incumbe a ese organismo de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 62.3 de la Ley Orgánica 4/2000 [de 11 de enero], en las solicitudes de internamiento de menores de edad.

De otra parte, el Defensor del Pueblo ha de trasladarle su preocupación, fruto de las visitas que realiza el personal de esta Institución a todos los centros de internamiento de extranjeros en España, acerca de la falta de adecuación de las instalaciones de los mismos para albergar a menores de edad. Como queda dicho, el artículo 62.3 dispone un procedimiento específico para el ingreso de menores de edad en un centro de internamiento, haciendo referencia, de manera expresa, cuyo presupuesto es la existencia de módulos que garanticen la adecuada convivencia familiar.

En cada una de las visitas realizadas se ha preguntado expresamente al director del establecimiento, no solo por la existencia de un módulo separado, sino acerca de la disponibilidad de personal y de medios materiales de los que dispone el centro para hacer frente al eventual ingreso y custodia de familias con menores de edad. La primera de las conclusiones obtenidas es la grave dificultad que el ingreso de hombres en una zona destinada a mujeres, que es donde normalmente están situados los módulos familiares, supone para el normal funcionamiento del centro, ya que el uso de los baños, salidas al patio, etc., supone un refuerzo en el personal de custodia que no siempre es posible destinar a este fin. Por lo que, en ocasiones, se ha tenido que separar al progenitor varón del resto de la familia.

Otra de las cuestiones que no ha sido satisfactoriamente resuelta en ninguno de los centros visitados es la presencia de un trabajador social adscrito al centro de manera permanente. Es nota común que los trabajadores sociales estén contratados sólo algunos meses al año, siendo también práctica habitual que los contratos no se renueven, y cuando son renovados, hacen que el personal contratado carezca de formación específica para un trabajo de las características del que se ha de realizar en un centro de internamiento.

Por otra parte ha de tomarse en consideración que, de conformidad con lo previsto en el artículo 37.2 de la Convención Internacional de Derechos del Niño, la regulación en España de la detención administrativa de los menores es una medida de carácter excepcional. Ha de velarse para que esa decisión sea adoptada como último recurso y durante el período más breve posible. Por último, resulta preciso recordar que la medida habrá de adoptarse teniendo en cuenta el interés superior del menor, que, en este caso, se concreta en el derecho de éste a no ser separado de sus progenitores. Asimismo, se ha de velar por que estos menores puedan gozar de sus derechos independientemente del estatuto legal de sus padres, procurando que no sufran las repercusiones negativas de una situación de la que no son responsables, con el fin de que se cubran sus necesidades específicas.

Pues bien, todas estas garantías previstas para la privación de libertad de los menores, habrán de ser tenidas en cuenta en las solicitudes de internamiento de familias con menores de edad. Así, resulta preciso recordar a las plantillas policiales que solicitan plaza en centros de internamiento la necesidad de valorar, antes de formular la solicitud, las posibilidades reales y operativas de ejecutar la resolución administrativa en el plazo más breve posible, teniendo en cuenta, entre otras variables, la nacionalidad que los progenitores dicen ostentar. Por todo lo anterior, esta Institución, en atención a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora [3/1981, de 6 de abril], ha estimado procedente formular a V. I. la siguiente recomendación:

«Que, hasta tanto no se adecuen módulos familiares en los centros de internamiento y se garantice la contratación de trabajadores sociales en los mismos, no se solicite el internamiento en centros de adultos acompañados de menores de edad, derivándolos a

centros de acogida humanitaria y adoptando, a fin de asegurar la posible ejecución de la resolución, en los casos de expulsión, otras de las medidas cautelares previstas en el artículo 61 de la Ley Orgánica 4/2000 [de 11 de enero].»

En la seguridad de que este recordatorio de deberes legales y esta recomendación serán objeto de atención por parte de V. I. y en espera de la preceptiva respuesta.

Madrid, 28 de septiembre de 2009.

Recomendación dirigida al Comisario General de Extranjería y Fronteras. Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil. Ministerio del Interior.

Recomendación 41/2013, de 12 de abril, formulada a la Secretaría General de Inmigración y Emigración del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, para elaborar un protocolo de derivación sanitario (12000281). Aceptada.

Se acusa recibo de su escrito, en el que se da respuesta a la información solicitada por esta Institución acerca de la existencia de un protocolo de derivación médica en los traslados de residentes en los Centros de Estancia Temporal para Inmigrantes (CETI) a Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE).

Tras solicitar información a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras se comprobó que «en la actualidad no existe ningún protocolo de derivación médica cuando los residentes de los Centros de Estancia Temporal para Extranjeros son trasladados a los CIE de la península». Se adjunta copia del escrito remitido por el citado organismo.

Por lo que se refiere a la respuesta remitida por esa Secretaría General, se ha podido corroborar la inexistencia del citado protocolo ya que el traslado del expediente médico del interno depende, en exclusiva, de la voluntad del extranjero, que es a quien se le entrega copia del mismo.

Las investigaciones realizadas por esta Institución permiten afirmar que no existen garantías de que los servicios médicos de los CIE tengan conocimiento de las enfermedades detectadas y los tratamientos prescritos por los servicios médicos de los CETI. Ese desconocimiento supone un riesgo para la salud de las personas afectadas por una enfermedad y, en algún caso, podría conducir a situaciones de riesgo para la salud pública.

El Tribunal Constitucional (STC 120/1990) establece que, en los supuestos de privación de libertad, la Administración tiene el deber esencial de velar por la vida, integridad y salud del recluso. Ese deber esencial no puede quedar sin efecto práctico por el hecho de que sean dos organismos de la Administración, dependientes de Ministerios diferentes, quienes compartan competencias, como ocurre en el caso que nos ocupa (Secretaría General de Inmigración y Emigración y Dirección General de la Policía).

A la vista de lo anterior, resulta preciso insistir en la necesidad de extremar el celo con el fin de establecer procedimientos ágiles de coordinación que permitan dar cumplimiento a la obligación que como Administración se tiene sobre estas personas que, una vez se acuerda su ingreso en un CIE, se encuentran privadas de libertad.

Esta obligación de velar por la vida y la salud de los internos sometidos a su custodia se compeadece mal con el procedimiento utilizado hasta ahora en los traslados de residentes en los CETI de Ceuta y Melilla a los CIE en la península, consistente en entregar al propio interesado un sobre con su documentación médica. Con esta actuación se deja en manos de la persona privada de libertad la posibilidad de informar o no a los servicios médicos del Centro de Internamiento de Extranjeros, de circunstancias tan relevantes como las del caso aquí tratado.

Se ha de recordar que el traslado de los extranjeros desde los CETI a los CIE se realiza por agentes del Cuerpo Nacional de Policía, por lo que se puede establecer un paralelismo con los traslados de presos entre distintos centros penitenciarios. Para estos casos el artículo 38.4 del Reglamento penitenciario establece: «Por el centro de origen se

acompañará el expediente médico del interno haciendo constar, en su caso, la atención sanitaria que deba recibir». En ningún caso, el expediente médico se entrega a la persona privada de libertad.

Por su parte, el artículo 62 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, que regula los derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, establece que el extranjero sometido a internamiento tiene derecho a recibir asistencia médica y sanitaria adecuada. Por ello, se ha de insistir en que es la Administración la que debe velar por el cumplimiento de dicho precepto. La ausencia de un protocolo de derivación sanitaria que establezca las actuaciones a seguir en los casos de personas que han recibido tratamiento sanitario en un centro de titularidad pública, como es el CETI y que son trasladadas, con autorización judicial, a un centro donde han de permanecer privadas de libertad durante un período máximo de 60 días, puede originar la interrupción de tratamientos médicos que, en determinadas patologías, podrían implicar riesgos para el paciente y provocar que los servicios médicos del CIE prescriban tratamientos inadecuados o insuficientes, al no tener acceso a su historial clínico. En estos casos, es evidente que la Administración no puede dejar en manos de la persona que se traslada la decisión de comunicar la enfermedad que padece a los servicios médicos del CIE.

Por todo lo anterior, esta Institución, en atención a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra ley orgánica reguladora, ha estimado procedente formular la siguiente recomendación:

«Elaborar con urgencia un protocolo de derivación sanitario que se aplique en todos los supuestos de traslados de residentes en los Centros de Estancia Temporal para extranjeros (CETI) a Centros de Internamiento de Extranjeros (CIE), con el fin de que los servicios médicos puedan conocer desde el momento de su llegada la historia clínica del interno y, en su caso, el tratamiento prescrito por los servicios médicos de los CETI».

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de ese organismo y en espera de la preceptiva respuesta.

Madrid, a 12 de Abril de 2013.

Recomendaciones 68/2013, de 22 de mayo, formuladas a la Dirección General de la Policía del Ministerio del Interior, sobre el funcionamiento de los Centros de Internamiento (12007051). Aceptadas parcialmente.

El Defensor del Pueblo desde sus inicios viene realizando visitas periódicas a los centros de internamiento para conocer directamente la situación de las personas que se encuentran en ellos, teniendo en cuenta su situación de privación de libertad. De tales visitas se han elaborado las correspondientes actas y sus conclusiones han sido trasladadas tanto a ese órgano directivo como a los directores de los centros, reflejándose todo ello en los informes que se presentan anualmente ante las Cortes Generales.

Durante los años 2010 y 2011, esta Institución, en ejercicio de sus funciones como Mecanismo Nacional de Prevención, ha continuado realizando visitas a los CIE con un enfoque esencialmente preventivo. Las recomendaciones y conclusiones formuladas se han incluido en los correspondientes informes anuales. Como resultado de toda esta actividad, se han formulado recomendaciones ante esa Dirección General que han sido aceptadas en algunos casos, cuestionadas en otros, aplazado su estudio ante la ausencia de partidas presupuestarias o derivadas a la regulación que sobre el asunto deberá realizar el Reglamento que se encuentra en preparación.

Esa Dirección General, en su escrito de 19 de junio de 2012, ha manifestado que está trabajando en fórmulas racionales de gestión que mejoren las condiciones de funcionamiento de los centros, de conformidad con las recomendaciones planteadas por el Defensor del Pueblo, incluyendo la posibilidad de que las tareas asistenciales sean asumidas íntegramente por personal especializado.

En línea con anteriores intervenciones y en su misión de defensa de los derechos fundamentales, se ha estimado conveniente formular a esa Dirección General, al amparo de lo establecido en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, las siguientes recomendaciones:

1. «La Brigada que propone la expulsión o solicita el internamiento deberá comprobar la situación personal y familiar del extranjero. A tal efecto, rellenará un formulario que deberá ser adjuntado a la solicitud de internamiento para comprobación del órgano judicial. En dicho documento se deberá consignar la fecha de comprobación y bases de datos consultadas, así como la inexistencia de solicitudes del extranjero para regularizar su situación que se encuentren pendientes de resolver por el órgano administrativo. En todo caso, con carácter previo a la propuesta de resolución, se deberán realizar las comprobaciones necesarias con el fin de verificar los datos de domicilio alegados por el interesado en el momento de incoación del expediente».
2. «Arbitrar los medios necesarios para hacer efectivo el derecho a la asistencia social de los extranjeros sometidos a internamiento, previsto por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en su artículo 62 bis y limitar la labor de los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía a garantizar la seguridad».
3. «Intensificar los controles de seguimiento en los convenios suscritos con las empresas que presten la asistencia sanitaria dentro de los centros de internamiento de extranjeros, con el fin de garantizar que los internos reciban una asistencia

sanitaria adecuada. Se deberá prestar especial atención al protocolo seguido en la revisión médica inicial».

4. «Impartir instrucciones con el fin de garantizar la comunicación de los internos con el exterior, estableciendo los sistemas que se entiendan necesarios que combinen la seguridad del personal que presta servicios en los centros y el derecho de los internos a disponer de sus teléfonos móviles».
5. «Notificar a los internos con antelación suficiente la fecha de la expulsión y el resto de circunstancias (lugar en el que se llevará a cabo, ciudad de destino, etc.). La citada notificación se deberá realizar de forma que permita dejar constancia en el expediente del interno».

En la seguridad de que estas recomendaciones serán objeto de atención por parte de ese organismo y en espera de la preceptiva respuesta.

Madrid, a 22 de Mayo de 2013.

<p align="center">Recomendaciones formuladas a la Dirección General de la Policía</p>	<p align="center">Estado</p>
<p>Recomendación de 20 de febrero de 2014.</p> <p>Dotar a todos los CIE de unas colchonetas de mayor grosor que las que se están utilizando actualmente, que son similares a las que se utilizan en las comisarías, ya que no resultan adecuadas para una estancia que puede prolongarse hasta 60 días, de acuerdo con el criterio expuesto en el parágrafo 38 del Informe Anual 2012 del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura</p>	<p align="center">ACEPTADA</p>
<p>Recomendación de 20 de febrero de 2014.</p> <p>Establecer criterios comunes en todos los CIE, para que a todos los internos, de forma individual, se les faciliten maquinillas desechables para el afeitado y cortaúñas, para evitar que se puedan contraer enfermedades por el uso compartido de estos elementos de higiene personal</p>	<p align="center">ACEPTADA</p>
<p>Recomendación de 11 de marzo de 2014.</p> <p>Completar la historia clínica con analíticas destinadas a detectar el consumo de sustancias tóxicas o la existencia de enfermedades infecto-contagiosas de la forma más inmediata posible</p>	<p align="center">ACEPTADA PERO NO REALIZADA</p>
<p>Recomendación de 11 de marzo de 2014.</p> <p>Dotar a todos los CIE de asistencia sanitaria permanente, con el fin de garantizar atención médica y de DUE de forma continua, que permita realizar los reconocimientos médicos iniciales de la forma más precoz posible, de acuerdo con el criterio establecido en el parágrafo 53 del Informe Anual 2012 del Mecanismo Nacional de Prevención de la Tortura</p>	<p align="center">RECHAZADA</p>
<p>Recomendación de 11 de marzo de 2014.</p> <p>Adoptar las medidas necesarias para que en la consulta médica se garantice el derecho a la intimidad del interno, permitiendo que se pueda cerrar la puerta de acceso al despacho médico, y que, salvo casos debidamente justificados, no esté presente un miembro del Cuerpo Nacional de Policía durante la consulta</p>	<p align="center">RECHAZADA</p>
<p>Recomendación de 18 de junio de 2014.</p> <p>Dotar a todos los CIE de asistencia sanitaria permanente con el fin de garantizar atención médica y de DUE de forma continua, que permita realizar los reconocimientos médicos iniciales de la forma más precoz posible</p>	<p align="center">ACEPTADA PARCIALMENTE</p>

<p>Recomendación de 18 de junio de 2014.</p> <p>Completar la historia clínica con analíticas destinadas a detectar consumo de sustancias tóxicas o la existencia de enfermedades infecto-contagiosas de la forma más inmediata posible</p>	<p>ACEPTADA PARCIALMENTE</p>
<p>Recomendación de 18 de junio de 2014.</p> <p>Adoptar las medidas necesarias para que en la consulta médica se garantice el derecho a la intimidad del interno, permitiendo que se pueda cerrar la puerta de acceso al despacho médico, y que, salvo casos debidamente justificados, no esté presente un miembro del Cuerpo Nacional de Policía durante la consulta</p>	<p>RECHAZADA</p>
<p>Recomendación de 18 de junio de 2014.</p> <p>Establecer un registro de demandas de asistencia sanitaria y de citas programadas que permita conocer quiénes demandan asistencia sanitaria, cuántas asistencias se prestan diariamente y aquellas citas periódicas que se den por los servicios sanitarios por requerirlo la patología que presente el interno</p>	<p>ACEPTADA</p>
<p>Recomendación de 18 de junio de 2014.</p> <p>Garantizar una asistencia especializada adecuada a las personas internas en el Centro, incluyendo la asistencia psicológica, psiquiátrica y la bucodental</p>	<p>ACEPTADA PARCIALMENTE</p>
<p>Recomendación de 18 de junio de 2014.</p> <p>Emitir los partes de lesiones con la mayor precisión técnica a la hora de la descripción de las lesiones, única manera de que posteriormente pueda establecerse compatibilidad en cuanto a la etiología y, en su defecto, que se tomen fotografías de las mismas para adjuntar al parte judicial</p>	<p>ACEPTADA</p>
<p>Recomendación de 18 de junio de 2014.</p> <p>Emitir un parte de lesiones siempre que se observe la existencia de lesiones en los internos, independientemente del origen atribuido por el lesionado</p>	<p>ACEPTADA</p>
<p>Recomendación de 18 de junio de 2014.</p> <p>Adaptar la historia clínica de los internos al modelo 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</p>	<p>ACEPTADA</p>

<p>Recomendación de 18 de junio de 2014.</p> <p>Elaborar un modelo de historia clínica informatizada que, además de mayores garantías, aportaría la posibilidad de obtener mayor información y más fácil localización de los datos sanitarios</p>	ACEPTADA
<p>Recomendación de 18 de junio de 2014.</p> <p>Garantizar que el idioma no suponga un obstáculo para la comunicación fluida entre los servicios sanitarios y los internos que demanden atención médica, con el fin de conseguir que la misma se lleve a cabo de forma correcta, sin errores achacables a la comunicación y sin que le afecte a su intimidad personal</p>	RECHAZADA
<p>Recomendación de 18 de junio de 2014.</p> <p>Realizar un reconocimiento médico sistemático a todos los internos que pasen a la situación de separación temporal, tanto antes como inmediatamente después de salir, y que su resultado conste en el libro de registro pertinente</p>	ACEPTADA
<p>Recomendación de 18 de junio de 2014.</p> <p>Dejar constancia de las asistencias que presten en los CIE los equipos de emergencias sanitarias, guardando el informe médico que emitan en la historia clínica de los internos</p>	ACEPTADA
<p>Recomendación de 18 de junio de 2014.</p> <p>Realizar un examen médico a todos los ciudadanos que van a ser repatriados por vía aérea o marítima, en las 48 horas anteriores a su salida del CIE, con el fin de confirmar que no existe inconveniente desde el punto de vista médico para realizarlo, y acompañar dicho informe con un resumen de la historia clínica que contenga, como mínimo, los antecedentes, el diagnóstico y el tratamiento prescrito que pudiera tener el interno</p>	ACEPTADA
<p>Recomendación de 18 de junio de 2014.</p> <p>Dotar de ordenadores con acceso a internet al servicio médico de cada CIE</p>	ACEPTADA

Fuente:

https://www.defensordelpueblo.es/wpcontent/uploads/2015/07/Memoria_MNP_20142.pdf
p.150-152

ANEXO II
RECOMENDACIONES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO EN
RELACIÓN A LA EXPULSIÓN DE PERSONAS
EXTRANJERAS

Recomendación 26/2001, de 27 de marzo, sobre aclaración del concepto de pretensión de entrada ilegal, a los efectos de aplicación de la medida de devolución y no de expulsión.

(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 316, pág. 339).

Se acusa recibo a su atento escrito, de fecha 17 de enero del presente año, en el que nos contesta a la queja planteada por don (...), (...) y don (...) y registrada con el número arriba indicado.

En el informe de referencia se participan las circunstancias en que fueron detenidos los 27 inmigrantes en la localidad de Mijas.

Del informe remitido se desprende que, si bien los interesados no designaron letrado, ni tenían intención de prestar declaración, el hecho cierto es que fueron interrogados por parte de miembros de la Guardia Civil y del Cuerpo Nacional de Policía, pues de otra manera no se podía haber obtenido la información relativa a su traslado a España, el pago efectuado, el miedo a posibles represalias, etc.

De igual manera no parece claro que todas las personas detenidas hubieran efectuado su entrada ilegal en España ese mismo día, por lo cual no tendría que haberse procedido a su retorno, sino más bien se debería haber iniciado un expediente de expulsión.

A este respecto, esta Institución considera que cabe el retorno por la entrada ilegal en territorio nacional, cuando las fuerzas y cuerpos de seguridad observan los hechos en el momento de producirse, o bien por declaraciones de los propios interesados.

No obstante, no existía una plena certeza de que la entrada de todas estas personas se hubiera producido ese mismo día, pues según se manifiesta en el informe, solo algunos de ellos tenían la ropa mojada y arena de playa adherida a las mismas y los propios interesados no declararon que su entrada se había producido ese mismo día.

Por ello, se considera que, en este caso, si bien la situación de estas personas era irregular, el hecho cierto es que ya habían procedido a la entrada en territorio nacional, por lo cual les tendría que haber sido de aplicación el apartado d) del artículo 49 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, con los efectos establecidos en el artículo 53 de la misma norma.

La reforma de la citada Ley Orgánica, por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, no ha variado en el fondo la situación, pues si bien se ha suprimido el contenido del artículo 49.d), es decir, considerar infracción grave la entrada en territorio español de forma irregular, si se prevé ahora la posibilidad de expulsar a aquellas personas que se encuentran irregularmente en territorio español, sin distinción entre si su entrada se efectuó o no de forma irregular.

Por todo lo anterior, esta Institución, al objeto de evitar que se puedan seguir produciendo situaciones confusas, en cuanto a determinar en qué casos procede la devolución o en cuales otros la expulsión, ha valorado, en virtud de lo dispuesto en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo, la conveniencia de formular a V. I. la siguiente recomendación: «Que por esa Dirección General se dicten las instrucciones oportunas que clarifiquen el concepto de “pretender entrar ilegalmente en el país” y, en consecuencia, en qué supuestos se debe aplicar la devolución, de acuerdo con el contenido del artículo 58.2.b) 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».

Madrid, 27 de marzo de 2001.

Recomendación dirigida al Director General de Extranjería e Inmigración.

Recomendación 81/2001, de 8 de agosto, sobre la puntual notificación de las resoluciones de expulsión para facilitar el acceso de los interesados a los recursos jurisdiccionales pertinentes.

(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 316, pág. 335.)

Se acusa recibo a su atento escrito, de fecha 8 de mayo del presente año, en el que nos contesta a la queja planteada por don (...), en representación de don (...) y registrada con el número arriba indicado.

De dicho informe se desprende que entre la fecha de la resolución por la que se acordó la expulsión del señor (...) y la fecha en que tal resolución se notificó transcurrieron 16 días.

Las razones que se exponen en su escrito para justificar este retraso en la notificación son que el señor (...) se encontraba internado en el centro de internamiento de Murcia, y que se consideró irrelevante el momento de la notificación.

En relación con la primera de dichas razones, se ha de señalar que el hecho de estar internado no sólo no supone un impedimento para realizar la notificación, sino que constituye una garantía de que la misma va a poder practicarse, dada la perfecta localización de la persona a la que va dirigida la notificación. En consecuencia, no entiende esta Institución con base en qué criterios puede sostenerse que la existencia de un internamiento dificulte la práctica de esta notificación, que, por otra parte, es habitual e inmediata en casos similares al que nos ocupa.

De otro lado, en lo que se refiere a la posible irrelevancia del momento de la notificación, es obvio que las autoridades policiales no tienen atribuidas entre sus facultades la de valorar la relevancia o no de la práctica de una notificación. Deben limitarse a cumplir con su deber de notificar en el plazo más breve posible, y, en todo caso, dentro del plazo de diez días desde que se dictó la resolución, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

En consecuencia, de la información facilitada por esa Subdelegación del Gobierno se desprende que en el presente caso no existían razones que pudieran justificar el retraso en la notificación de la orden de expulsión, y lo cierto es que, pese a considerarse por las autoridades policiales irrelevante el momento de la notificación, la demora en su realización no sólo constituyó un incumplimiento formal del plazo previsto en el artículo 59 ya citado, sino que tuvo una directa incidencia en el derecho a la tutela judicial efectiva del afectado, ya que mediante esta irregular práctica se le privó de la posibilidad de acudir a los tribunales en defensa de sus intereses.

Por todo cuanto antecede, esta Institución ha valorado la necesidad de dirigir a V. I. la siguiente sugerencia: «Que se incoe una información reservada a fin de conocer las razones

por las que no se procedió a la notificación de la orden de expulsión del señor (...) hasta el mismo momento en que iba a procederse a su ejecución, con carácter previo a la incoación de un expediente sancionador en el supuesto de que resulte procedente».

Asimismo, esta Institución ha considerado necesario dirigir a V. I. la siguiente recomendación, al amparo de lo dispuesto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril: «Que por esa Subdelegación del Gobierno se impartan las instrucciones oportunas, a fin de que en casos como el examinado en la presente queja las resoluciones de expulsión se notifiquen a la mayor brevedad posible, y en todo caso dentro del plazo de diez días desde que fueron dictadas, en cumplimiento de lo exigido en el artículo 58 de la Ley 30/1992, permitiendo así el acceso a los tribunales y el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva».

Madrid, 8 de agosto de 2001.

Recomendación dirigida al Subdelegado del Gobierno en Málaga.

Recomendación 70/2002, de 1 de agosto, sobre agilización del trámite de notificación de resoluciones de expulsión para permitir el acceso efectivo a los tribunales.

(BOCG. Cortes Generales. VII Legislatura. Serie A. Núm. 442, pág. 381.)

Se acusa recibo de su escrito de fecha 5 de junio del presente año en el que nos contesta a la solicitud de informe en relación con la investigación iniciada de oficio tras la expulsión de España de las ciudadanas nigerianas doña (...) y doña (...).

Comenzando por la última cuestión a la que da contestación su escrito, celebramos la iniciativa adoptada por V. E. de cursar instrucciones al Jefe Superior del Cuerpo Nacional de Policía para dejar constancia, mediante diligencia firmada por funcionario español, del reconocimiento de nacionalidad que efectúen las autoridades consulares de terceros países. De esta forma entendemos que se dispondrá del adecuado soporte documental que contribuya a reflejar en el correspondiente expediente administrativo la situación jurídica de cada administrado y las circunstancias en las que se practicó esa relevante diligencia.

Por otra parte, en el referido informe de V. E. se expone que las resoluciones de expulsión fueron notificadas a las interesadas en el CIE de esa capital, donde permanecían ingresadas el día 24 de octubre de 2001, como así consta por las firmas de las interesadas que figuran en las copias de las resoluciones de expulsión. Este resulta ser el mismo día en que, de acuerdo con la información también facilitada por V. E., las interesadas fueron expulsadas por el puesto fronterizo de Madrid-Barajas, con destino a su país.

Sin embargo, consta igualmente que ambas resoluciones tienen como fecha de salida de esa Delegación del Gobierno el 18 de octubre de 2001 (registros de salida 39.362 y 39.366). Habida cuenta de la perfecta localización de las interesadas y de la consecuente facilidad con la que pudo practicarse la notificación, ciertamente no se encuentra explicación para el hecho de que la misma se demorara hasta seis días más tarde, justamente hasta la fecha en que se procedería a la materialización de la expulsión de las dos mujeres.

Tales circunstancias coinciden sustancialmente con el relato proporcionado por los letrados que asistieron a las interesadas y que manifestaban que tan tardía notificación había privado a sus representadas de la posibilidad de ejercitar alguna acción ante los tribunales de justicia para la mejor defensa de sus intereses, lo que obviamente ha de ser motivo de preocupación para esta Institución constitucional.

De hecho, la cuestión suscitada en el presente caso ha sido ya abordada en varias resoluciones del Defensor del Pueblo. Consecuencia de la misma fue la Circular 23/1998, de 18 de junio de la Comisaría General de Extranjería y Documentación del Cuerpo Nacional de Policía que, en lo que aquí interesa, dictaba instrucciones sobre la agilización de los trámites de notificación a los interesados en los procedimientos de expulsión así como a sus

representantes legales, habiéndose de evitar con carácter general el agotamiento del plazo general de diez días establecido por las normas de procedimiento administrativo.

De nuevo el pasado año fue menester dirigir una recomendación¹⁰ a la Subdelegación del Gobierno en Málaga (Q0104585) por una demora en la notificación de un expediente de expulsión. La práctica de la notificación se efectuó en el CIE de Murcia, 16 días después de la fecha de la resolución.

El caso ahora investigado abunda en la misma disfunción, cuya reiteración resulta grave, pues aun cuando no se superó el plazo máximo de diez días establecido para la notificación en el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, aquél se demoró más de lo imprescindible y se unió materialmente al momento inmediato anterior a su ejecución, lo que imposibilitó el acceso a la jurisdicción encargada del control de la actividad administrativa.

A criterio de esta Institución, es obvio que ni las autoridades gubernativas ni las policiales tienen entre sus competencias la de decidir cuándo ha de practicarse una notificación, debiendo limitarse a impulsar con la debida agilidad y eficiencia la tramitación correspondiente, entre otras cosas para hacer viable a los interesados el ejercicio de los remedios procesales que establece nuestro ordenamiento. De hecho la expresión utilizada por la ley «dentro del plazo de diez días» alude inequívocamente a una previsión tuitiva cuyo sentido es acotar el lapso de tiempo máximo que puede transcurrir entre la producción de un acto administrativo y el momento en que éste ha de ser conocido por las personas directamente concernidas. Por ello dicho plazo no puede tomarse como un periodo franco dentro del cual quede al exclusivo arbitrio de la Administración la determinación del momento en que cumplirá con su deber.

En consecuencia, resulta evidente que en el caso analizado no se desplegó la necesaria diligencia, especialmente exigible en atención a los resultados que produce la orden de expulsión, sin que por otra parte hayan quedado acreditadas causas que justifiquen tal modo de proceder.

En mérito de todo cuanto antecede, esta Institución ha estimado necesario dirigir a V. E. la siguiente recomendación, al amparo de lo previsto en el artículo 30 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril:

«Que por esa Delegación del Gobierno se dicten las instrucciones oportunas para que el trámite de notificación de las resoluciones de expulsión a los interesados en procedimientos de expulsión y a sus representantes legales se produzca con la mayor agilidad posible, procurando como criterio general que entre el momento de la notificación y el de la ejecución de la resolución acordada exista un margen temporal suficiente como para hacer viable el acceso efectivo a los tribunales».

Por último se solicita de esa Delegación del Gobierno que continúe informando sobre las resoluciones que se adopten en relación con la situación de los menores (...) y (...) que, según las últimas noticias recibidas, permanecen bajo la tutela de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Madrid, 1 de agosto de 2002.

Recomendación dirigida al Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia.

Recomendación 109/2003, de 4 de septiembre, para dejar sin efecto las resoluciones de expulsión dictadas en los expedientes, cuya incoación se realizó mediante notificación a la sede de una entidad no gubernamental en Las Pedroñeras (Cuenca).

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 15, pág. 508.)

Ha comparecido nuevamente ante esta Institución don (...), como Secretario de (...) Valencia, mediante escrito que ha quedado registrado con el número arriba indicado.

Sustancialmente expone que su queja no se refería únicamente al expediente de expulsión del señor (...), sino a lo que ha sido práctica generalizada por parte de esa Subdelegación del Gobierno, que ha incoado órdenes de expulsión por estancia ilegal a personas a las que se había denegado permiso de residencia temporal por arraigo, notificando los acuerdos de inicio de los expedientes de expulsión a una organización (la sede de Cruz Roja en Las Pedroñeras) que habían fijado a efecto de notificaciones exclusivamente para la tramitación de los expedientes de arraigo.

En este sentido, es necesario señalar que las dependencias de Cruz Roja en Las Pedroñeras, organismo al que se han notificado las distintas resoluciones en estos expedientes de expulsión, no constituyen ni han sido nunca el domicilio de las personas afectadas por estos expedientes, sino simplemente la sede del organismo que fijaron como domicilio precisamente para la notificación de las resoluciones recaídas en el proceso de arraigo. Cruz Roja no era representante legal de los interesados en dicho proceso de arraigo, y, desde luego, no ha quedado acreditada su representación legal de los interesados en los procedimientos de expulsión. Por ello, dichas notificaciones no se ajustan a lo previsto en el artículo 59 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y deben considerarse contrarias a Derecho.

De otro lado, ha de señalarse que estas irregulares notificaciones han impedido que los afectados en las mismas hayan tenido la preceptiva asistencia letrada, exigida en el artículo 22 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. La asistencia letrada en estos supuestos es esencial para el ejercicio del derecho de defensa, por lo que su falta produce indefensión y constituye una irregularidad que vicia todo el procedimiento desde su inicio.

Por último, ha de señalarse que el modo en que se han tramitado estos expedientes impide, incluso constatar si los interesados se encontraban en España en el momento de su incoación, lo que constituye un presupuesto esencial para los mismos, al menos en el caso de los expedientes que puedan haberse incoado por estancia irregular, al amparo de lo dispuesto en el apartado a) del artículo 53 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre. Es obvio que en tales casos, la irregularidad de la estancia ha de verificarse en el momento inmediatamente previo a la

iniciación del expediente sancionador y no puede basarse en hechos muy anteriores a ese momento o sobre los que no conste su vigencia de forma indubitada.

En definitiva, esta Institución considera que los expedientes que nos ocupan se han tramitado en clara infracción del ordenamiento jurídico e impidiendo el ejercicio del derecho de defensa de los interesados, por lo que deben ser dejados sin efecto por esa Subdelegación del Gobierno en Cuenca.

Por todo lo anterior, esta Institución, en atención a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha estimado procedente formular a V. I. la siguiente recomendación: «Que por esa Subdelegación del Gobierno se modifique el criterio hasta ahora mantenido y se dejen sin efecto las resoluciones de expulsión, dictadas en los expedientes cuya incoación se realizó mediante notificación cursada a la sede de Cruz Roja en Las Pedroñeras, en las circunstancias descritas en el presente escrito».

Madrid, 4 de septiembre de 2004.

Recomendación dirigida al Subdelegado del Gobierno en Cuenca.

Recomendación 138/2003, de 6 de noviembre, sobre los efectos de la apertura de un proceso de arraigo en relación con la iniciación de expediente de expulsión, cuando esté pendiente la resolución de recurso administrativo.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 15, pág. 510.)

Con ocasión de la recepción de quejas en las que se exponía que, por parte de la Delegación del Gobierno en Madrid, se estaban incoando expedientes de expulsión a ciudadanos que se encontraban a la espera de obtener respuesta al recurso que habían formulado contra la denegación del permiso de residencia temporal, solicitado al amparo del procedimiento de arraigo, esta Institución inició las oportunas investigaciones ante la citada Delegación del Gobierno.

La respuesta hacía referencia a la ejecutividad de los actos administrativos, indicando que la interposición del recurso de reposición contra la denegación del permiso de residencia no paralizaba el plazo de salida obligatoria.

A juicio de esta Institución la aplicación de forma automática de la ejecutividad referida conducía a que, en muchos casos, se pudieran incoar expedientes de expulsión antes de que se dictara resolución en los recursos de reposición, por lo que se consideró procedente remitir escrito a la Delegación del Gobierno en Madrid formulando dos recomendaciones, que se transcriben a continuación:

«Que se den las instrucciones pertinentes para que sean revocadas las órdenes de expulsión instruidas a ciudadanos extranjeros, cuyos permisos solicitados al amparo del procedimiento de arraigo se encuentran aún en trámite, bien por falta de resolución de la propia solicitud, bien porque la resolución denegatoria haya sido impugnada y aún no se haya dado respuesta a la misma.

Que se paralice la incoación de procedimientos de expulsión a ciudadanos que hayan solicitado permiso de residencia temporal al amparo del artículo 31.4 de la Ley 4/2000, de 11 de enero, hasta que el procedimiento administrativo al que se han sometido haya finalizado, considerando dentro de dicho procedimiento la interposición de los recursos administrativos que procedan».

La argumentación por la cual se había considerado necesario formular dichas recomendaciones era, por un lado, que parecía claro que incoar expedientes de expulsión antes de que la resolución denegatoria fuera firme en vía administrativa, suponía la imposición de una sanción que, de ser ejecutada, conllevaría un perjuicio difícilmente subsanable si la persona en cuestión era expulsada y posteriormente su recurso era estimado.

En este sentido, como V. E. conoce, y así se indicaba en el escrito dirigido a la Delegación del Gobierno en Madrid, la jurisprudencia viene declarando reiteradamente la

suspensión cautelar de los actos administrativos cuya ejecución puede conllevar perjuicios irreparables.

Asimismo, se manifestaba a la citada Delegación del Gobierno que, a nuestro juicio, la incoación de expedientes a ciudadanos que se encontraban a la espera de que su recurso fuera resuelto suponía una incongruencia, citando, a tal efecto, la sentencia de 25 de noviembre de 1995 del Tribunal Supremo, que declaraba:

«... es innegable como señala en el auto recurrido la Sala de instancia, que constituye un contrasentido que haya de ausentarse del territorio español quien se ha acogido a las medidas expresamente acordadas para regularizar su presencia en este territorio, ya que, una vez ausente, se desvanece la posibilidad de conseguir la regularización autorizada, por lo que en el juicio de ponderación entre el interés público y el del solicitante de la medida cautelar de suspensión, que el Tribunal a quo lleva a cabo siguiendo la doctrina jurisprudencial, que establece la necesidad de armonizar los principios de efectividad de la tutela judicial y de eficacia administrativa (sentencias de 21 noviembre de 1993, 23 septiembre y 23 octubre de 1995, entre otras, y autos de 15 enero, 21 febrero, 28 febrero, 14 marzo, 18 marzo, 8 abril, 18 julio y 8 noviembre de 1994), aquél considera, con acierto, como prevalente el particular de poderse acoger a las medidas de regularización cuando, según declara probado la Sala de instancia, concurre el presupuesto temporal para optar por la expresada legalización de su situación, pues, como en la exposición de motivos del Acuerdo del Consejo de Ministros de 7 de junio de 1991 se expresa, se trata de un proceso excepcional de regularización durante un período de tiempo limitado».

Si bien el procedimiento de arraigo no se había considerado por parte de la Administración como un procedimiento de regularización puro, lo cierto es que al existir una similitud tan acentuada, el razonamiento del tribunal es perfectamente aplicable y así se manifestó a la Delegación.

En el presente caso, resultaba necesario recordar, y así se hizo en el escrito remitido por esta Institución, que las circunstancias en las que se había desarrollado el procedimiento de arraigo, como V. E. conoce sobradamente, habían estado lejos de ser óptimas, generándose errores involuntarios debido a la cantidad de solicitudes y en buena medida a la carencia de medios personales y materiales durante buena parte del proceso para hacer frente al elevado número de peticiones. Precisamente por ello, entendíamos que esta situación y los posibles errores podían subsanarse a través de los recursos de reposición interpuestos.

Por otro lado, se hacía hincapié en el hecho de que aun cuando la ejecutividad de los actos administrativos desde que eran dictados estaba reconocida por el ordenamiento jurídico, también lo era que tal ejecutividad venía siendo discutida por los tribunales, en concreto, en el ámbito del derecho sancionador.

Se citaba, en este sentido, la sentencia de 27 de marzo de 1986, del Tribunal Supremo. Esta sentencia mantiene que no se puede hablar de la ejecutividad inmediata de los actos administrativos en materia sancionadora sin haberse agotado todas las instancias dentro de la propia Administración y, por tanto, mientras no se haya resuelto el recurso correspondiente.

«El acto que se pretendía ejecutar no era, pues, firme y en consecuencia no se podía estimar plenamente consolidada la decisión definitiva de la Administración (...). Este planteamiento, por otra parte, guarda un paralelismo sustancial con el funcionamiento de la potestad judicial de hacer ejecutar lo juzgado, que sólo se pone en marcha según nuestras leyes procesales, cuando las sentencias son firmes y, por lo tanto, ejecutorias, según ha dicho esta Sala en más de una ocasión».

Pues bien, la respuesta recibida no resulta satisfactoria puesto que, en esencia, la Delegación del Gobierno en Madrid insiste en la ejecutividad de los actos administrativos indicando que no se incoan expedientes de expulsión cuando el solicitante del permiso ha utilizado la vía de suspensión del artículo 111 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Tras evaluar nuevamente el problema, esta Institución no puede compartir el rígido criterio expuesto, ya que aun cuando la resolución denegatoria de un permiso no sea stricto sensu una resolución dictada en el marco de un procedimiento sancionador, tal resolución está indisolublemente unida al citado procedimiento sancionador debido a que la incoación del expediente tiene su causa precisamente en la resolución denegatoria del permiso solicitado, siempre y cuando, tal incoación sea por estancia irregular.

Por otro lado, el volumen de los recursos presentados en Madrid haría prácticamente inviable que constantemente se consultara si se solicitó y, en su caso, se otorgó la suspensión prevista por el artículo 111 de la Ley 30/1992.

Por ello, y aun cuando la obligación de abandono del territorio nacional sea ejecutiva con carácter general, pudiendo solicitarse la suspensión de tal obligación, a juicio de esta Institución, el procedimiento de arraigo merecía un tratamiento distinto al habitual.

Al igual que esa Administración, concedora de la realidad social existente, pone en marcha en un momento dado un procedimiento menos rígido que el régimen general, a fin de intentar regularizar la situación de un elevado número de ciudadanos que se encontraban en situación ilegal, consideramos que en coherencia con esta decisión, podían haberse dictado las instrucciones pertinentes para que no se incoaran expedientes de expulsión por estancia irregular a ciudadanos que se han sometido a dicho procedimiento y que han obtenido una resolución denegatoria contra la cual han formulado un recurso en tiempo y forma, recurso que en el momento de incoarse la expulsión no ha sido resuelto.

Tan elemental medida resulta, a juicio de esta Institución, una consecuencia natural del propio procedimiento de arraigo, ya que no podemos olvidar que los ciudadanos que

pueden ser objeto de un procedimiento de expulsión por estancia irregular son los mismos que pueden ser titulares de permisos mientras penda su recurso de estudio y del dictado de la correspondiente resolución. En todo caso, habremos de coincidir en que esas mismas personas, con anterioridad a someterse al procedimiento, no contaban con una orden personal de abandono del territorio de carácter obligatorio, impuesta precisamente al intentar regularizar su situación y que confían, aunque fuere de manera infundada, en que mientras su recurso no se resuelva no están infringiendo ninguna norma.

Esta Institución considera, además, que la incoación de expedientes de expulsión en estos casos supone una sanción excesiva que, como V. E. conoce, conlleva la imposibilidad de acceder a nuestro país y a cualquier otro país del territorio Schengen durante el plazo de prohibición que se imponga en la resolución, con los perjuicios sumamente graves que en estos casos puede generar. Recuérdese que estamos hablando de personas que pueden llevar en nuestro país un año o más y durante ese tiempo han adquirido cierto arraigo y que la sanción a imponer por estancia irregular puede ser pecuniaria, según dispone la propia normativa.

Por lo anteriormente expuesto, consideramos que la solución más garantista para el ciudadano y más eficiente, tanto para el ciudadano como para la propia Administración, era la contenida en las recomendaciones formuladas que procedemos a reiterar mediante el presente escrito, esperando que por parte de V. E. se asuma el criterio de esta Institución y se dicten instrucciones en este sentido para todo el territorio nacional.

Madrid, 6 de noviembre de 2003.

Recomendación dirigida al Delegado del Gobierno en la Comunidad de Madrid y al Delegado del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración.

Recomendación 76/2003, de 12 de junio, para que se adopten las medidas oportunas para mejorar la tramitación de las solicitudes de asilo; para detectar con mayor fluidez situaciones de saturación del servicio; y para que se deje constancia del motivo por el que se considera necesario abrir expediente de expulsión a solicitantes de asilo que han visto rechazada su petición.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 15, pág. 472.)

A finales del año 2002 esta Institución tuvo conocimiento por diversas vías de noticias que señalaban un aumento, considerado anormal, del número de personas que manifestaban su intención de formalizar solicitudes de asilo en esa Ciudad autónoma.

En diciembre de ese año una organización no gubernamental denunció que varias personas, que tenían manifestada su intención de presentar una solicitud de asilo, habrían sido objeto de expulsión al territorio marroquí de forma irregular. Como V. E. conoce sobre este asunto se inició en su día la oportuna investigación ante esa Delegación del Gobierno.

Por otra parte, en enero de 2003 se recibió un escrito de otra organización no gubernamental en el que se nos informaba que, ante la alegada saturación del Centro de Estancia Temporal (CETI), unos 300 extranjeros, en su mayoría solicitantes de asilo, se habían guarecido en unos almacenes en desuso, situados en el barrio del Sardinero de Ceuta junto al centro asistencial regentado por los Hermanos de la Cruz Blanca, así como en las inmediaciones del propio CETI, en improvisados refugios fabricados con plásticos y otros desechos. La organización promotora de la queja expresaba su preocupación por la falta de condiciones higiénico-sanitarias de los alojamientos y la vulnerabilidad en la que se encontraban sus ocupantes.

Posteriormente se tuvo conocimiento de que a partir del día 21 de enero de 2003 se puso en marcha un operativo a fin de tramitar las solicitudes de asilo que se habían acumulado y que se pudiera decidir sobre su admisión a trámite.

En el curso de este proceso se recibieron en esta Institución varias comunicaciones más que denotaban inquietud por la rapidez con la que se decidía sobre la admisibilidad o inadmisibilidad de la solicitud, en un plazo que va entre las 24 y las 72 horas. Del mismo modo, se señalaba que la mayor parte de los solicitantes de asilo había renunciado a contar con un letrado de oficio que les asistiera durante ese procedimiento, así como que algunas entrevistas se hacían sin presencia de intérprete.

Las informaciones facilitadas indicaban también que acto seguido de procederse a la notificación de la inadmisión a trámite del asilo a cada interesado, para lo cual eran citados en la propia diligencia de información de derechos que recibían cuando formalizan su solicitud de asilo en una fecha y hora concretas, se les incoaba un procedimiento de expulsión.

En atención a las alegaciones formuladas se resolvió que asesores de esta Institución giraran el 27 de febrero de 2003 una visita al Centro de Internamiento de Extranjeros de Málaga para que, al tiempo que inspeccionaban las instalaciones del propio centro, pudieran entrevistarse con algunos de los extranjeros trasladados desde Ceuta que se encontraban allí internados, al objeto de recabar unos primeros datos e impresiones con los que planificar las siguientes actuaciones.

Finalmente, como V. E. ya conoce, se decidió efectuar una visita a la Ciudad Autónoma de Ceuta, durante los días 5 y 6 de marzo de 2003, a fin de tomar directo conocimiento de la situación. Dicha visita se verificó por un equipo dirigido por la Adjunta Primera y del que formaban parte los asesores responsables de Inmigración y Asuntos Exteriores y de Justicia.

En el curso de esta visita se efectuaron diversas entrevistas con ciudadanos extranjeros peticionarios de asilo, representantes de entidades de ayuda a los mismos, autoridades y funcionarios encargados de tramitar los diversos expedientes, intérpretes y otras personas que pudieron aportar información sobre los diversos puntos de interés para esta investigación.

Las copias de los expedientes de asilo que fueron tramitados en Ceuta coincidiendo con el operativo especial montado para dar salida al alto número de peticiones acumuladas, pudieron examinarse en la Oficina de Extranjeros de aquella Ciudad autónoma. Los expedientes de expulsión que siguieron a la inadmisión a trámite de las solicitudes de asilo se analizaron en primer término en la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación.

Todas estas actuaciones se han documentado por escrito y figuran en los archivos de esta Institución, junto a los anexos documentales obtenidos de diversas fuentes sobre las que se ha realizado un pormenorizado estudio.

Con posterioridad a la visita se han formulado solicitudes de información complementarias a diversas dependencias de esa Delegación del Gobierno, a la Oficina de Asilo y Refugio (OAR), así como al Ilustre Colegio de Abogados de Ceuta.

Del conjunto de la investigación han podido obtenerse las conclusiones que, para el mejor conocimiento de V. E., se ofrecen a continuación de manera íntegra y sobre cuya base se dirigirán a ese organismo las resoluciones que tocan al ámbito de sus atribuciones y que figuran en la parte final de esta comunicación:

I. SOBRE LAS DENUNCIAS DE EXPULSIONES IRREGULARES DE SOLICITANTES DE ASILO

La denuncia que había sido formulada ante esta Institución, en relación con que determinadas personas que habrían manifestado su intención de acogerse a la legislación de asilo, fueron objeto de una expulsión forzada al territorio marroquí al margen de todo procedimiento, no ha podido ser verificada hasta el momento.

II. SOBRE LAS CAUSAS DE LA ACUMULACIÓN DE SOLICITUDES DE ASILO Y LA SATURACIÓN DE LOS RECURSOS DE ACOGIDA A EXTRANJEROS

Puede admitirse que la acumulación de inmigrantes que se produjo en Ceuta a partir de octubre de 2002 y que desembocó en masivas peticiones de asilo, tiene como causa próxima el cambio del criterio que permitía que los inmigrantes que llegaban irregularmente a esa Ciudad autónoma y no podían ser materialmente expulsados pudieran pasar a la península. Sin embargo esta apreciación no deja de constituir una impresión de carácter general que no permite descartar la existencia de razones fundadas en algunas de las peticiones de asilo formuladas. Ha de tenerse siempre presente que la posibilidad de solicitar asilo se configura como un derecho individual, frente al cual las constataciones de su uso extensivo o inapropiado por algunos peticionarios resultan irrelevantes; debiendo la Administración asegurar tan solo que el expediente se tramita con la necesaria celeridad y se resuelve tras un análisis adecuado.

Por lo demás, resultaba obvio que la llegada continuada de extranjeros unida a la falta de derivaciones de éstos a otros puntos del territorio nacional abocaba a que la saturación en los recursos sociales y en la propia Ciudad autónoma fuera sólo cuestión de tiempo.

La situación acabó desbordando las posibilidades de acogida del CETI y de los demás recursos disponibles en Ceuta. Por ello se formaron asentamientos en unos barracones situados en las inmediaciones del centro de atención que dirigen los Hermanos de la Cruz Blanca en el barrio del Sardinero, así como en el monte de El Jaral, junto al propio CETI.

En la fecha de la visita que llevó a cabo esta Institución, se estaba procediendo a la clausura y devolución a sus propietarios de las naves del Sardinero que servían de refugio a un nutrido grupo de inmigrantes subsaharianos, ya que éstos estaban siendo acomodados en el CETI. La decisión de realojar a estas personas ha de considerarse correcta, si bien no acaba totalmente con el problema, puesto que persisten los asentamientos surgidos en los alrededores del Centro, aunque, por las últimas informaciones obtenidas, el número de personas que permanecen en ellos va disminuyendo paulatinamente.

En todo caso, resulta necesario adoptar algunas medidas para asegurar una atención con las mínimas condiciones de habitabilidad y salubridad a estas personas hasta tanto se resuelva sobre su permanencia en Ceuta. Por esta razón, como V. E. conoce, continúa abierta una investigación con esa Delegación del Gobierno para conocer las medidas que se hayan adoptado o esté previsto adoptar.

Sin perjuicio de lo anterior, ha de insistirse en que la Administración debería tener siempre presente la especial fragilidad de determinados enclaves del territorio nacional y sus posibilidades reales de acogida, cuando adopta decisiones sobre gestión de los flujos de peticionarios de asilo o extranjeros en situación irregular.

III. SOBRE LA LABOR DE ALGUNAS ENTIDADES DE APOYO A LOS INMIGRANTES

Debe dejarse constancia de la meritoria labor que están desarrollando las religiosas Carmelitas de Vedruna, la Comisión Católica de Migraciones y otras entidades afines en la acogida humanitaria y asistencia a los ciudadanos extranjeros que llegan a Ceuta, pues sin su esfuerzo y compromiso la situación en esa Ciudad se hubiera desbordado con mayor frecuencia y, seguramente, con más graves consecuencias.

IV. SOBRE EL MOMENTO EN QUE SE TIENEN POR PRESENTADAS LAS SOLICITUDES DE ASILO

Ha quedado acreditado en el curso de esta investigación que la práctica seguida por las dependencias de Delegación del Gobierno con vista a la tramitación de las solicitudes de asilo distinguía con carácter general dos momentos. El primero era la manifestación de voluntad del extranjero sobre su intención de presentar una solicitud de asilo, que debía efectuarse en la Oficina Única de Extranjeros. Tras este acto el interesado recibía una cita para que acudiera a formalizar el expediente en un momento posterior, así como información sobre la posibilidad de acudir al letrado de la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) para obtener asesoramiento. En el segundo momento, una vez llegado el día de la cita, se llevaba a cabo la formalización por escrito de la solicitud.

Según parece, se considera que es a partir de este segundo momento cuando han de comenzar a contar todos los plazos establecidos en la legislación de asilo. De hecho hasta entonces no se facilita a los solicitantes la documentación identificativa establecida en el artículo 13.1 del Reglamento de aplicación de la Ley de Asilo.

Procede a estos efectos transcribir, en lo que aquí interesa, las razones que han sido puestas de manifiesto en el informe emitido por la Oficina de Asilo y Refugio:

«De conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la Ley reguladora del derecho de asilo y de la condición de refugiado..., el extranjero que pretende solicitar asilo en España presentará su petición ante la autoridad gubernativa personalmente. A su vez, el artículo 8 de su Reglamento de aplicación..., señala que la forma de presentación de las solicitudes de asilo para quienes se encuentren en el territorio nacional, consiste en la cumplimentación y firma del correspondiente formulario en el que deberá exponer de forma detallada los hechos, datos o alegaciones en que fundamente su petición.

Por tanto, la solicitud de asilo sólo se tiene por interpuesta en forma cuando se cumplimenta y firma el correspondiente formulario, momento a partir del cual comienza la tramitación del expediente administrativo y el cómputo de los plazos, pues sólo desde entonces es cuando se dispone de las razones alegadas que permiten el estudio de la solicitud.

Dicho momento puede coincidir con el de la mera manifestación de la intención de solicitar asilo o no, dependiendo ello de la carga de trabajo de cada una de las dependencias habilitadas para la recepción de las solicitudes de asilo y, fundamentalmente, de la disponibilidad de los intérpretes (téngase en cuenta que éstos normalmente no forman parte de las plantillas de las citadas dependencias). En estos casos la solución que se viene utilizando es la de facilitar al interesado cita para su formalización.

Hay que tener presente que en Madrid se utiliza un sistema similar de cita previa que se facilita por teléfono, sin que hasta que se haya comparecido y formalizado la petición de asilo ante la Oficina de Asilo y Refugio el día de la cita no se tiene por formulada, entre otras razones, además de las expuestas al comienzo de este informe, porque nunca comparece el 100 por 100 de los que han solicitado cita, de manera que atribuir a dicho acto los efectos de una solicitud de asilo equivaldría a facilitar con el mínimo coste determinadas actitudes de fraude a la legislación de extranjería».

A criterio de esta Institución la argumentación ofrecida no resulta adecuada para mantener la corrección del procedimiento empleado. En primer término es cierto que el artículo 4 indica que el solicitante de asilo, cuando se encuentre en territorio español, deberá presentar su solicitud ante la autoridad gubernativa competente. Pero también es obvio el hecho de que esa era precisamente la intención que tenían los extranjeros que comparecieron ante la Oficina Única de Extranjeros de Ceuta, dependencia que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 4.1 c) del Reglamento de aplicación de la Ley de Asilo, debe estar en condiciones de recibir las solicitudes que se le formulen

También es cierto que el artículo 8 del citado Reglamento, concretamente en su párrafo tercero, señala que «la solicitud se formalizará mediante la cumplimentación y firma del correspondiente formulario por el solicitante, que deberá exponer de forma detallada los hechos, datos o alegaciones en los que fundamente su pretensión». Mas esa previsión no puede considerarse aisladamente sino que debe ser interpretada de manera sistemática con el resto del precepto y con el conjunto de la legislación en que se integra.

Así las cosas, el párrafo primero del artículo 8 reitera lo que ya dice el artículo 4 de la Ley; esto es, que los extranjeros deberán presentar su solicitud mediante una comparecencia personal en alguna de las dependencias encargadas de asumir tal misión. Pero, acto seguido, en el párrafo 2, el precepto señala que las citadas dependencias «dispondrán de un formulario específico para solicitantes de asilo, en castellano y otras lenguas». Luego si las dependencias correspondientes deben disponer de formularios para formalizar las solicitudes, en castellano y en otras lenguas, según se precisa, es porque estas solicitudes deben recogerse con inmediatez. Es evidente que, en esa lógica, no puede quedar a criterio de la Administración el momento en que deba procederse a recoger por escrito la manifestación de voluntad emitida por el interesado.

Por el contrario parece claro, que, sistemáticamente interpretada, la legislación parte de la consideración de que toda solicitud de asilo debe ser formalizada con la mayor urgencia y que, a ese respecto, sólo es admisible la mínima demora imprescindible para cumplir con los requisitos derivados de la necesidad de contar, en su caso, con asistencia letrada y de intérprete.

Ahora bien, en los expedientes que ha podido analizarse las demoras en ofrecer una cita no puede ser justificada por esta razón, sino por una temporal insuficiencia de medios padecida por la propia Oficina receptora de la solicitud. Es decir, la falta del requisito de formalización de la solicitud por escrito no es imputable a los solicitantes sino a la Administración.

La consecuencia de esta actuación es que la propia Administración dilata indebidamente el momento de documentar y firmar la solicitud con el argumento de que no está en condiciones de atenderla, en atención al alto número de peticiones que se le formulan. Por ello fija unas fechas de cita que en muchos casos son posteriores en varios meses al momento de la primera comparecencia. Luego, al tomar conciencia de la magnitud de la situación, adopta medidas extraordinarias y pone en marcha un operativo que, sin embargo, no alcanza a evitar que algunos de los peticionarios hayan visto demorado el estudio de su petición varios meses.

De hecho, en el siguiente cuadro¹² se señala, a título ilustrativo, el número de días hábiles transcurridos desde la fecha de la petición de cita hasta la fecha de la resolución de los expedientes, de una serie de demandantes de asilo que vieron inadmitidas las solicitudes que plantearon ante la Oficina Única de Extranjeros dependiente de esa Delegación.

¹² Los datos para la confección de este cuadro se han tomado en dos momentos. En los que consta la fecha en que se celebró la cita efectiva, fueron obtenidos en el curso de la visita a la que se viene haciendo referencia. El resto se obtuvieron, en fecha posterior, de la Oficina de Extranjeros de Ceuta.

Expedientes de asilo inadmitidos a trámite, con indicación de los días hábiles transcurridos entre la petición de cita y la fecha de resolución.

Iniciales del nombre y apellido	Número expte. asilo Ceuta	Fecha petición	Cita Ejecutiva	Fecha resolución	Días hábiles
A.P.Y	239/02	27.08.02	30.09.02	14.11.02	65
D.H.	352/02	14.10.02		22.01.03	80
T.T.A.	354/02	14.10.02		22.01.03	80
M.O.	355/02	14.10.02		20.01.03	78
I.S.	356/02	14.10.02		22.01.03	80
J.M.	360/02	14.10.03		22.01.03	80
L.M.	363/02	15.10.02		10.01.03	69
A.H.D.	364/02	15.10.02		21.01.03	76
M.A.M.	366/02	16.10.02		21.01.03	77
Y.K.	368/02	16.10.02		12.02.03	96
A.B.	370/02	16.10.02		10.01.03	68
A.R.	371/02	16.10.02		10.01.03	68
A.A.O.	375/02	17.10.02		22.01.03	77
A.A.Y.	377/02	17.10.02		22.01.03	76
L.S.	379/02	17.10.02		10.01.03	67
I.A.	382/02	18.10.02		21.01.03	75
F.A.K.	384/02	18.10.02		22.01.03	76
A.A.H.	385/02	18.10.02		21.01.03	75
B.B.	386/02	18.10.02		10.01.03	66
H.B.	387/02	21.10.02		10.01.03	64
J.A.O.	389/02	21.10.02		22.01.03	74
D.F.	392/02	21.10.02		20.01.03	72
M.B.	393/02	21.10.02		20.01.03	72
P.M.C.	401/02	22.10.02		17.01.03	70
M.E.	03/03	25.10.02	02.01.03	17.01.03	66
A.B.R.	04/03	25.10.02	14.01.03	31.01.03	78
B.M.	05/03	25.10.02	03.01.03	31.01.03	78
B.T.	06/03	25.10.02	03.01.03	20.01.03	68
F.O.	08/03	25.10.02	03.01.03	17.01.03	66
A.A.	09/03	25.10.02	07.01.03	21.01.03	69
I.K.	15/03	28.10.02	08.01.03	22.01.03	68
A.M.	16/03	28.10.02	15.01.03	31.01.03	76
Z.A.	19/03	28.10.02	24.01.03	27.01.03	72
L.C.	23/03	28.10.02	10.01.03	22.01.03	68
J.T.	24/03	28.10.02	23.01.03	24.01.03	70
P.S.	30/03	29.10.02	17.01.03	22.01.03	66
D.K.	35/03	30.10.02	15.01.03	31.01.03	74
M.Z.	47/03	13.11.02	20.01.03	22.01.03	55

Iniciales del nombre y apellido	Número expte. asilo Ceuta	Fecha petición	Cita Ejecutiva	Fecha resolución	Días hábiles
R.B.	48/03	13.11.02	20.01.03	22.01.03	55
M.A.F.	50/03	13.11.02	28.01.03	29.01.03	61
C.M.-A.	51/03	14.11.02	20.01.03	22.01.03	54
A.A.	53/03	14.11.02	20.01.03	22.01.03	54
M.K.	54/03	15.11.02	28.01.03	29.01.03	59
A.S.	55/03	15.11.02	28.01.03	29.01.03	59
A.B.Y.	57/03	15.11.02	23.01.03	24.01.03	55
E.S.	78/03	27.11.02	22.01.03	23.01.03	44
O.A.N.	55/03	29.11.02	24.01.03	27.01.03	45
F.J.	93/03	04.12.02	22.01.03	23.01.03	38
M.H.S.	157/03	18.12.02	21.01.03	22.01.03	27
D.J.N.	170/03	23.12.02	22.01.03	23.01.03	24
C.M.	196/03	30.12.02	23.01.03	24.01.03	20
R.N.W.	212/03	03.01.03	22.01.03	23.01.03	18

En todo este proceso la no formalización de la solicitud no es imputable en modo alguno a los administrados, sino a la Administración. Es ella la que, con arreglo al principio constitucional de eficacia, tiene que arbitrar con presteza los medios que le permitan cumplir la normativa y no pretender determinar a su albur cuál ha de ser el momento inicial en la tramitación de estas solicitudes.

En opinión de esta Institución constitucional, ha de repararse especialmente en el hecho de que una pretensión como la que mantiene la Administración —que se le deje a ella fijar el momento inicial en el que puede considerarse presentada una solicitud de asilo— resulta exorbitante, pues no puede olvidarse que por medio del procedimiento de admisión a trámite se está atribuyendo a la Administración la capacidad para evaluar, con carácter preliminar y con efecto terminante, si una pretensión de asilo reúne los mínimos indicios para merecer un estudio más profundo. Una atribución de esta naturaleza debe tener como correlato un régimen exigente de garantías, a través del cual se asegure, entre otras cuestiones, que la resolución no se dilate a criterio de la Administración, ya que su función en esta fase no es resolver sobre el fondo, sino sólo detectar aquellas solicitudes con escasa o nula sustancia.

Por tal razón el artículo 17.2 del Reglamento otorga carácter positivo al silencio de la administración, al entender que la falta de diligencia de ésta no puede perjudicar al solicitante en este trámite liminar del procedimiento.

Ello no obstante, la garantía normativa que implica la anterior previsión se vería gravemente socavada si la Administración pudiera soslayar a voluntad el momento en que

comienzan a computarse los plazos previstos en el artículo 17.2 por el sencillo expediente que dilata el acto de formalización de la solicitud por escrito.

A este respecto, no puede obviarse la circunstancia de que el acto de cumplimentación y firma de la petición no sólo implica el hecho de que el solicitante refleje por escrito los hechos, datos o alegaciones en que se basa en un formulario específico, pues si el trámite consistiera únicamente en esto podría darse validez a las razones de la Administración dado que el interesado podría remitirlo por cualquiera de los medios previstos en la legislación de procedimiento administrativo. Sin embargo, la normativa exige que tal acto se efectúe en el curso de una comparecencia personal del interesado, por lo que la decisión personal de solicitar asilo no es formalizable por la sola voluntad del peticionario, sino principalmente por la de la Administración, que señala día y hora para tal acto. En tales circunstancias admitir que el tiempo transcurrido entre lo que se ha dado en llamar «petición de cita» y la realización de la cita concertada sea irrelevante resulta desproporcionado, por excesivo y contraría el principio constitucional de seguridad jurídica.

Tampoco puede admitirse el argumento manejado por la Oficina de Asilo y Refugio sobre la aplicación en Madrid de un sistema similar al empleado en Ceuta. Según se indica expresamente por la propia OAR dicho sistema se organiza sobre la base de citas concertadas telefónicamente en las que no puede establecerse la identidad del peticionario sino en el momento en que este comparezca personalmente. Por el contrario, en el caso que nos ocupa, los peticionarios acudieron de manera personal a la Oficina de Extranjeros de Ceuta y manifestaron su voluntad de solicitar asilo. Desde ese momento se tenían que haber adoptado las medidas para asegurar su identidad, así como para tomarle declaración y formalizar la petición por escrito con las debidas garantías. La necesidad de contar con un intérprete o un letrado hubiera justificado una demora de horas o incluso de algún día, si la lengua hablada por el peticionario fuese poco usual, pero en ningún caso de meses como aquí se ha producido en varios expedientes.

En cuanto a la alusión efectuada por la OAR de que estas garantías, concebidas en los términos que lo hace esta Institución podrían ser utilizadas para «facilitar con el mínimo coste determinadas actitudes de fraude a la legislación de extranjería», tampoco puede compartirse el criterio de fondo. De hecho, la obligación de la Administración es actuar diligentemente para que esos eventuales fraudes no puedan producirse, pero no a costa de disminuir las garantías establecidas por las normas vigentes o de interpretarlas de una manera restrictiva.

Por otra parte, debe llamarse la atención sobre la situación en la que quedan los solicitantes de asilo entre el primer y el segundo trámite que se han expuesto, que resulta ciertamente atípica, pues a éstos se les provee de un volante, en el que expresamente figura la leyenda «sin valor documental» y que no cumple con las exigencias de la legislación de asilo.

Sin embargo se considera, y a ello alude el propio informe de la OAR, que estas personas tienen asegurada la protección como solicitantes de asilo en todo caso. Tal criterio evidencia la escasa coherencia de este modo de obrar, pues si alguien dispone de la protección debida a los solicitantes de asilo es porque ha efectuado tal solicitud y, si así ha sido, debe comenzar a contar el plazo que existe para resolverla aunque ésta no se haya documentado, puesto que, según ya se ha señalado, en este caso tal situación resulta imputable a la Administración y no a los interesados.

En virtud de cuanto se ha expuesto, esta Institución mantiene que ha de tomarse la fecha consignada como la de petición de cita ante la Oficina Única de Extranjeros de Ceuta como la inicial en cada uno de los expedientes de asilo. De acuerdo con esto, debería haberseles admitido su solicitud a trámite por aplicación de lo previsto en el artículo 17.2 del Reglamento de aplicación de la Ley de asilo, ya que se superó el plazo de 60 días hábiles desde el del inicio del procedimiento sin haber emitido la oportuna resolución.

V. SOBRE EL OPERATIVO EXTRAORDINARIO ESTABLECIDO PARA TRAMITAR LAS SOLICITUDES DE ASILO SOBRE EL OPERATIVO EXTRAORDINARIO ESTABLECIDO PARA TRAMITAR LAS SOLICITUDES DE ASILO

La constatación de que las fechas de las citas se dilataban en el tiempo y de que resultaba necesario arbitrar medidas para dar salida al alto número de solicitudes de asilo acumuladas, hizo que se estableciera un operativo especial. Para ello se reforzaron los medios propios de la Oficina de Extranjeros de Ceuta con diez instructores provenientes de la OAR, que acudieron en dos tandas de cinco funcionarios y desarrollaron sus tareas entre el 21 y el 29 de enero de 2003.

Tal decisión merece, sin duda, una valoración positiva, puesto que permitió estabilizar una situación colapsada y tan solo debe lamentarse que no se adoptara antes, puesto que, en tal caso, muchos de los problemas detectados no se hubieran presentado. Igual consideración positiva merece el esfuerzo desarrollado por los funcionarios encargados de gestionar todo este operativo.

VI. SOBRE EL SISTEMA PARA DEJAR SIN EFECTO LAS CITAS INICIALES Y ASIGNAR NUEVAS CITAS

Como consecuencia de la práctica seguida de diferir las citas para formalizar la presentación de la documentación de asilo, resultó necesario que esa Delegación del Gobierno arbitrara un sistema para desconvocar las citas preestablecidas —algunas para el mes de marzo y abril de 2003— y asignar otras nuevas.

Así, el día 16 de enero de 2003, por medio de unos avisos que se distribuyeron en el CETI, en el centro de los Hermanos de la Cruz Blanca, en los barracones contiguos y en otros puntos de Ceuta, se convocaba a todos los ciudadanos extranjeros que tenían concertada

una cita para la formalización de su solicitud de asilo ante la Oficina de Extranjeros para el día 20 de enero a las 12 horas. En dicho aviso se precisaba igualmente que quedarían sin ningún valor las citas expedidas hasta esa fecha.

El sistema usado, convocar a todos los interesados por medio de avisos redactados únicamente en español que fueron colocados en varios puntos de la ciudad, no es el más ortodoxo desde el punto de vista de la seguridad jurídica.

No obstante, a criterio de esta Institución, la inadecuación del mismo trae causa del modo en que se procedía, difiriendo la cita para un momento posterior muy alejado de la primera comparecencia. Por tanto, en la medida en que esa disfunción se corrija no resultará necesario acudir a un sistema como el descrito y se evitarán los inconvenientes que esta práctica puede acarrear.

VII. SOBRE LA ASISTENCIA LETRADA A LOS SOLICITANTES DE ASILO

En lo que se refiere a la asistencia letrada en los expedientes de asilo, los datos y testimonios obtenidos evidencian que se puso en marcha un operativo específico para que los interesados que lo solicitasen pudieran contar con ella. Según ha podido establecerse, los abogados encargados de llevar a cabo las asistencias se encontraban físicamente en la sede de la Oficina Única de Extranjeros mientras duraron las entrevistas.

Por el cotejo de los expedientes se ha advertido que en algunos de ellos no se hace mención a la asistencia, pues no figura ninguna respuesta a la pregunta recogida en el formulario correspondiente, pese a lo cual no se opta por ofrecer la asistencia letrada. En otros expedientes en el formulario de recogida de datos no figura decisión alguna, estando los recuadros en blanco, mientras que en la diligencia de información está señalado el «no». No obstante, dada la permanencia de los abogados en las propias dependencias en las que se estaban llevando a cabo los procedimientos, no parece plausible la existencia de cortapisas para el regular acceso a dicha asistencia, caso de que los interesados lo hubieran deseado.

De hecho, en el informe emitido por el Ilustre Colegio de Abogados de Ceuta que consta entre las actuaciones se hace referencia a las asistencias que los letrados de servicio efectuaron entre los días 21 y 29 de enero de 2003 y que asciende a treinta y cuatro peticionarios de asilo. Estas referencias corroboran las obtenidas de la propia Oficina Única que aludían a que varios solicitantes requirieron asistencia letrada que se le prestó regularmente.

Por otra parte, debe recordarse que varios solicitantes de asilo y otras personas con las que se han mantenido entrevistas han referido espontáneamente que la actitud más habitual entre los peticionarios era estimar que no les resultaba necesario abogado, puesto que ya tenían la asistencia del abogado de la CEAR. Aunque no se han podido objetivar las

razones que condujeron a tal convicción mayoritaria, sí parece claro que los solicitantes de asilo en su mayoría desconocían el alcance y contenido de este derecho a la asistencia letrada. En el procedimiento que viene investigándose tal circunstancia aparece como fácilmente evitable a la vista del prolongado periodo de espera que hubieron de pasar muchos de los interesados hasta efectuar la entrevista con la que se comenzó su expediente y que hubiera sido bueno emplear para haberles proporcionado una información adecuada y completa sobre sus derechos.

VIII. SOBRE LA ASISTENCIA DE INTÉRPRETE EN EL PROCEDIMIENTO DE ASILO

Respecto de la actuación de intérpretes, consta por todo lo actuado que se dispusieron de los tres que están adscritos con carácter permanente a los servicios de esa Delegación del Gobierno, un intérprete adicional cedido por la Junta de Obras del Puerto y con dos personas más de la Oficina de Asilo y Refugio. De todo lo actuado no puede deducirse que los expedientes se efectuaran sin la presencia de intérpretes.

No obstante, en lo que se refiere al personal de la Oficina de Asilo y Refugio, por el cotejo de los expedientes parece que no se trató propiamente de intérpretes, sino de instructores de esa dependencia que tenían conocimiento del idioma hablado por los interesados.

En principio, a falta de dato alguno que señale la inidoneidad de la labor traductora de los instructores, ni de quejas formuladas en tal sentido por alguno de los extranjeros que han sido partes en los procedimientos que se vienen examinando, no parece que el hecho de que el instructor pregunte directamente al interesado sin la mediación de intérprete sea contrario a derecho. Ha de tenerse en cuenta igualmente que en los casos que se están analizando los interesados renunciaron en su gran mayoría a la asistencia letrada, por lo que era posible la interlocución directa entre aquellos y el instructor designado por la Administración. En los expedientes en los que sí han actuado los letrados tampoco se ha constatado queja alguna sobre este asunto.

En todo caso, esta Institución considera que si concurre un letrado y éste no conoce el idioma en el que se expresa su defendido dicho profesional tiene perfecto derecho a exigir la presencia de un intérprete con el fin de poder ejercer sus funciones con pleno conocimiento de las manifestaciones realizadas.

Salvada la anterior circunstancia y respecto de la situación concreta aquí planteada, como se ha dicho no puede apreciarse incorrección en la práctica seguida en algunos de los expedientes en los que la entrevista se produjo en el idioma del interesado. Baste recordar que si el interesado habla español su testimonio no precisará de la actuación de intérprete y el instructor se encargará de recoger directamente las manifestaciones que aquel efectúe. En el mismo sentido si el instructor cuenta con un conocimiento suficiente de la lengua en la

que se expresa el solicitante de asilo parece razonable pensar que pueda entrevistarle directamente, sin que el derecho a ser asistido por intérprete haya sido vulnerado, pues se trata de un derecho de marcado carácter instrumental y sujeto en primer término al criterio de necesidad. A mayor abundamiento, debe admitirse que una actuación más directa del instructor por conocer el idioma hablado por el interesado le permitirá calibrar las respuestas ofrecidas por éste de una manera más directa, sin las pérdidas y limitaciones que una traducción sucesiva comporta forzosamente.

IX. SOBRE LA INSTRUCCIÓN DE LOS EXPEDIENTES DE ASILO

En lo referente a la tramitación de los expedientes de asilo propiamente dicha, con carácter general no se han advertido prácticas incorrectas o que supongan menoscabo de los derechos de los solicitantes.

Ciertamente los expedientes se resolvieron en la mayoría de los casos con celeridad, pero esto no constituye una novedad en el ámbito del asilo, puesto que en las solicitudes formuladas en frontera los plazos son muy cortos. Además, una vez que se ha efectuado un examen más detallado de los expedientes, puede afirmarse que la celeridad fue la regla, pero que también se registraron excepciones a la misma, puesto que existen algunos expedientes que continuaban pendientes de decisión en la fecha de nuestra visita, algo más de un mes después de la finalización del operativo, lo que constituye un indicio de que no se adoptaron decisiones generalizadas de inadmisión a trámite.

A lo anterior debe unirse que, según se ha podido conocer por medio de los contactos realizados con la Representación en España del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), dicha entidad desplazó a miembros de su personal y tuvo una activa participación en el proceso, lo que indudablemente supone un elemento de garantía añadido.

X. SOBRE LA MOTIVACIÓN DE LAS RESOLUCIONES DE INADMISIÓN A TRÁMITE

Un repaso a las fundamentaciones que figuran de las resoluciones de inadmisión a trámite y la comparación de un determinado número de ellas con los antecedentes obrantes en los expedientes permiten efectuar algunas consideraciones sobre esta cuestión.

La mayor parte de las resoluciones de inadmisión a trámite se fundamentan en la siguiente razón:

«Al concurrir la circunstancia contemplada en la letra *b*) del artículo 5.6 de la Ley 5/1984, modificada por la Ley 9/1994, por cuanto el solicitante no alega en su petición ninguna de las causas previstas en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado de 1951 y/o en la Ley 5/1984, de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Asilo y

de la Condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, como determinantes para el reconocimiento de la protección solicitada, no siendo los motivos invocados suficientes para la concesión de la protección solicitada por no estar incluidos dentro de las causas de reconocimiento del derecho de asilo y el Estatuto del Refugiado señaladas en los mencionados textos legales».

En otros casos la razón esgrimida para justificar la inadmisión a trámite de la solicitud se consigna del siguiente modo:

«Al concurrir la circunstancia contemplada en la letra *d*) del artículo 5.6 de la Ley 5/1984, modificada por la Ley 9/1994, por cuanto la solicitud está basada en hechos, datos o alegaciones manifiestamente inverosímiles, habida cuenta de que el relato del solicitante resulta carente de datos y totalmente genérico e impreciso en la explicación y/o descripción de los hechos que motivaron la persecución alegada y/o de los aspectos esenciales de la propia persecución, por lo que no puede considerarse que el solicitante haya sufrido tal persecución, sin que se desprendan del conjunto del expediente otros elementos que indiquen que la misma haya existido o que justifiquen un temor fundado a sufrirla».

También pueden encontrarse algunos ejemplos puntuales, en los que, partiendo de los modelos generales anteriores, se introducen algunos elementos que permiten considerar que la motivación tiene un carácter más específico. A título ilustrativo se citan a continuación algunos de los que han podido encontrarse:

«Al concurrir la circunstancia contemplada en la letra *d*) del artículo 5.6 de la Ley 5/1984, modificada por la Ley 9/1994, por cuanto la solicitud está basada en alegaciones manifiestamente inverosímiles, “habida cuenta de que el partido político al que el solicitante dice pertenecer es una formación que goza de reconocimiento legal en su país, sin que aparezcan en el expediente otros datos que, ni aun indiciariamente, aporten algún grado de credibilidad a las alegaciones realizadas por el solicitante”».

«Al concurrir la circunstancia contemplada en la letra *d*) del artículo 5.6 de la Ley 5/1984, modificada por la Ley 9/1994, por cuanto la solicitud está basada “en alegaciones manifiestamente inverosímiles, habida cuenta de que el relato del solicitante resulta totalmente genérico e impreciso en la explicación y descripción de los hechos que motivaron la persecución alegada y de los aspectos esenciales de la propia persecución (mientras que, por otra parte, los pocos datos aportados encierran contradicciones)”, por lo que no puede considerarse que el solicitante haya sufrido tal persecución, sin que se desprendan del conjunto del expediente otros elementos que indiquen que la misma haya existido o que justifiquen un temor fundado a sufrirla.»

«Al concurrir la circunstancia contemplada en la letra *d*) del artículo 5.6 de la Ley 5/1984, modificada por la Ley 9/1994, por cuanto la solicitud está basada en hechos, datos o alegaciones manifiestamente “falsas por detectarse contradicciones en las mismas o por

tener conocimiento de que los acontecimientos o hechos referidos no tuvieron lugar o no se produjeron en las circunstancias aducidas”.»

«Al concurrir la circunstancia contemplada en la letra *d*) del artículo 5.6 de la Ley 5/1984, modificada por la Ley 9/1994, por cuanto la solicitud está basada en alegaciones “carentes de vigencia actual, habida cuenta que los hechos supuestamente constitutivos de la persecución alegada por el solicitante están tan alejados en el tiempo como para concluir que tales hechos no constituyen una persecución que justifique una necesidad actual de protección”.»

«Al concurrir la circunstancia contemplada en la letra *b*) del artículo 5.6 de la Ley 5/1984, modificada por la Ley 9/1994, por cuanto el solicitante no alega en su petición ninguna de las causas previstas en la Convención de Ginebra sobre el Estatuto del Refugiado de 1951 o en la Ley 5/1984, de 26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo, como determinantes para el reconocimiento de la protección solicitada, no estando los motivos invocados incluidos dentro de las causas de reconocimiento del derecho de asilo y el Estatuto del Refugiado señaladas en los mencionados textos legales, “habida cuenta de que el solicitante basa su solicitud en alegaciones de persecución por parte de agentes distintos de las autoridades de su país de origen, sin que ni del expediente ni de la información disponible sobre el mismo se deduzca que estas autoridades hayan promovido o autorizado los hechos alegados, o hayan permanecido inactivos ante los mismos, los cuales no constituyen por tanto una persecución en el sentido que la Convención de Ginebra de 1951 otorga a este término”.»

A la hora de evaluar la actitud de la Administración en lo referente a la motivación de sus resoluciones en los expedientes a los que venimos refiriendo es preciso distinguir dos planos. Uno ha de ser el de las deficiencias insubsanables y, en lo que aquí toca, especialmente la falta de una justificación que permita inferir con razonable certeza los elementos y apreciaciones que fundamentan la inadmisión a trámite acordada.

El otro tiene más que ver con aquellas deficiencias que, aun sin constituir un vicio procedimental que deba conllevar tan severas consecuencias como el anterior, implican, a criterio de esta Institución, una cierta inercia administrativa que no puede dejarse pasar sin más.

Respecto del primero de los planos aludidos, las motivaciones examinadas son en la mayoría de los casos de una evidente parquedad y fruto de un uso generoso de modelos pre confeccionados. Mas, atendiendo al hecho de que la motivación de un acto administrativo no tiene alcance general sino que se dirige principalmente a aquel que ha sido parte en el procedimiento, debe entenderse que la misma puede admitirse como mínimamente suficiente en los casos analizados, ya que transmite al interesado la información indispensable sobre la causa en la que la Administración basa su decisión.

Ahora bien, esta mínima suficiencia puede servir con carácter general para dar por solventado el trámite administrativo, pero no puede ser reputada como una práctica idónea. Así, nada hay que objetar al hecho de que la Administración parta de modelos pre confeccionados para formalizar las resoluciones de inadmisión a trámite y como elemento de apoyo para armonizar la actuación de los diversos instructores. Lo cuestionable es que los modelos sean considerados válidos y perfectos en sí mismos, sin necesidad de añadir aquellos datos fácticos que los individualicen y los ajusten a cada caso.

El carácter, en cierto modo extraordinario, de la facultad que la Ley de Asilo otorga a la Administración, de decidir ab initio si la solicitud presentada contiene una carga indiciaria que la haga merecedora de ser tomada en consideración para su posterior estudio, debe llevar aparejada la exigencia de que la motivación de las resoluciones que cierran la puerta a ese estudio posterior, contengan un plus explicativo sobre las razones concretas y los elementos de juicio que han resultado determinantes para adoptar tal decisión respecto de cada caso.

En este sentido, determinadas motivaciones que han sido transcritas en esta diligencia sí se ajustan en mayor medida a estos criterios y permiten conocer con alguna mayor concreción qué elemento de las alegaciones de los interesados han puesto de manifiesto la conveniencia de inadmitir sus solicitudes a trámite. Pero estos casos son los menos frecuentes en el conjunto de los expedientes examinados, puesto que la mayoría se han resuelto con alguna de las dos fórmulas generales que figuran en primer lugar entre las transcritas más arriba. Dichas fórmulas evidencian en su misma redacción una pretensión de alcance general que, a nuestro juicio, es poco correcta.

Otro tanto cabe decir del modelo de motivación que alude a la falsedad de los datos o alegaciones realizadas por los peticionarios, al haberse advertido contradicciones en las mismas o por tenerse conocimiento de que los acontecimientos o hechos referidos no tuvieron lugar o no se produjeron en las circunstancias aducidas. En este caso el receptor de la comunicación puede tener dificultades para determinar si su relato se considera una invención, si lo que se considera falso es tan solo la versión ofrecida sobre su actuación en los hechos, si, estimándose uno y otro verosímiles, han sido las contradicciones en las que ha incurrido las determinantes de la resolución adoptada, o si, finalmente, la inadmisión obedece a la concurrencia de varios de estos supuestos.

Al enjuiciar este asunto tampoco debe desatenderse la circunstancia de que la responsable de la instrucción de los expedientes es la Oficina de Asilo y Refugio, la cual, por su especialización en la materia y por los medios con los que cuenta, está en condiciones de ofrecer unos argumentos más acomodados a las manifestaciones de cada uno de los interesados.

Por otra parte, por el examen de los expedientes consta que los escritos preparados por el asesor de la CEAR y que presentaron la mayor parte de los interesados en su

comparecencia ante la Administración contienen una petición de asilo que, con carácter subsidiario, también solicita la aplicación de las previsiones de los párrafos segundo y tercero del artículo 17 de la Ley de Asilo; esto es, que se autorice la permanencia en España del interesado por razones humanitarias o de interés público; o que, aun en caso de denegación de lo anterior, se evite el rechazo o la expulsión del interesado si ello vulnerara la llamada obligación de *non refoulement* prevista en el apartado 1 del artículo 33 de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados.

Sin embargo en las resoluciones de inadmisión que han podido consultarse, no se hace mención expresa a estos pedimentos. Bien es verdad que de la generalidad de las redacciones utilizadas en algunas de ellas puede inferirse que las pretensiones formuladas por los interesados con carácter subsidiario también han de entenderse rechazadas junto con la principal. No obstante, la diversidad de situaciones en las que puede encontrarse un solicitante de asilo y la relevancia del efecto que sigue a la denegación —máxime en los casos que se están analizando, donde se procedió a la apertura de expedientes de expulsión una vez que se notificaron las inadmisiones a trámite de las solicitudes de asilo—, hacen que se deba considerar que la práctica más correcta sería haber dado la respuesta debida a las peticiones concretas formuladas por los interesados.

Por lo demás, al abordar toda esta cuestión debe tenerse en cuenta que los interesados renunciaron en su mayoría a la asistencia de letrado, por lo que las posibilidades de interpretar adecuadamente las razones contenidas en un documento redactado en lenguaje legal, muchas veces en exceso farragoso, disminuyen sensiblemente.

Todo ello conduce a la conveniencia de reformar la praxis que viene siguiéndose en materia de motivación de las inadmisiones a trámite por la Oficina de Asilo y Refugio.

XI. SOBRE LA INCOACIÓN DE EXPEDIENTES DE EXPULSIÓN A LOS EXTRANJEROS A LOS QUE LES FUE INADMITIDA A TRÁMITE SU SOLICITUD DE ASILO

Se ha puesto también en cuestión el hecho de que la inadmisión a trámite de la solicitud de asilo fuera seguida de la apertura de un procedimiento de expulsión. El artículo 4.1 de la Ley de Asilo señala que la entrada ilegal no podrá ser sancionada cuando haya sido realizada por persona que reúna los requisitos propios de la condición de refugiado.

Por otra parte, el artículo 17.1 de la misma norma indica que la inadmisión a trámite conllevará la salida obligatoria o la expulsión del territorio nacional, si el extranjero careciera de alguno de los requisitos para permanecer en España con arreglo a la legislación general de extranjería.

Cabe admitir que la medida de expulsión pueda ser empleada en casos en los que la Administración entienda que la solicitud de asilo se ha formulado únicamente como un

medio para eludir o retrasar la aplicación de la legislación de extranjería y que, por tanto, los peticionarios se han servido de aquella para encubrir una pretensión de estancia irregular.

A la vista del desarrollo de los hechos esta parece ser la causa que ha determinado la incoación de todos ellos.

Los documentos de incoación de los expedientes de expulsión que pudieron examinarse tenían todos idéntico contenido, salvo en lo que se refiere a la filiación y nacionalidad alegada por interesados. En la notificación puede leerse lo siguiente:

«En fecha (...), se procede a la detención de (nombre del interesado), por encontrarse en situación irregular en el país, dado que por la Oficina de Asilo y Refugio le ha sido inadmitido a trámite la solicitud de asilo que había presentado en España».

Extraña a esta Institución el automatismo que refleja el referido párrafo, puesto que la expulsión del territorio nacional no es una consecuencia que haya de seguirse necesariamente de la inadmisión a trámite, sino que, como ya se ha dicho, es sólo una de las alternativas posibles junto con la emisión de una orden de salida obligatoria.

Así las cosas, si la Administración entendió que procedía abrir expedientes de expulsión a estas personas, lo más correcto hubiera sido dejar constancia de la causa que motivó tal decisión, poniéndola en conexión con la justificación que determinó la inadmisión de la solicitud de asilo. Parece claro que un tránsito tan radical como el que media entre el amparo que proporciona la aplicación de la legislación de asilo y la aplicación de la legislación sancionadora de extranjería, ha de quedar explicitado con la mayor transparencia.

Para concluir con este punto, a criterio de esta Institución, en el caso de que alguno de los peticionarios presentase recurso contencioso administrativo contra la inadmisión a trámite de su solicitud y obtuviera del tribunal la suspensión cautelar de dicho acto administrativo, esa decisión debería llevar aparejada la revocación de la orden de expulsión, caso de haberse emitido, y el archivo del expediente. A tal solución se llega en atención a que lo que pende de la decisión judicial es precisamente si hay causa para considerar que la solicitud de asilo debe ser estudiada, para lo cual ha de ser admitida a trámite. Si esto mismo no está claro, y por ello el tribunal suspende la ejecutividad del acto administrativo de inadmisión, resulta evidente que la Administración no puede mantener que el interesado ha incurrido en una estancia irregular sancionable con la expulsión y, por tanto, un expediente instruido sobre esa base debe ser archivado, revocando de oficio la resolución de expulsión.

XXII. SOBRE LA ASISTENCIA LETRADA EN LOS PROCEDIMIENTOS DE EXPULSIÓN

Respecto a la asistencia letrada en los expedientes de expulsión, consta en los documentos la presencia de letrado. No obstante, por los datos obtenidos parece que dicha

asistencia se limitó a presenciar el acto de incoación de expedientes y el de presentación de los interesados ante la autoridad judicial. Esto corrobora la impresión, también percibida en otros puntos del territorio nacional, sobre que la asistencia letrada se concibe como un trámite formulario, como un estar y no como un hacer.

Es decir, no se le otorga la consideración de una garantía específica con contenido propio, que obliga al letrado a mantener una actitud activa y a conocer la situación en la que se encuentra el asistido.

En concreto, se ha indagado en el curso de las actuaciones si los letrados que asistieron a la incoación de expedientes de expulsión se entrevistan reservadamente con sus asistidos. Esta circunstancia no ha podido ser acreditada y, por el contrario, han podido detectarse indicios de que estas entrevistas no se producen con carácter general.

Así, el personal de la Brigada no guarda memoria de las mismas, lo cual es altamente significativo toda vez que su celebración hubiera obligado a ralentizar sensiblemente el ritmo del trabajo en los días en que se iniciaron los expedientes de expulsión que han sido analizados en la presente investigación. Tampoco la intérprete de servicio en la Brigada con la que se mantuvo una entrevista, refirió haber sido requerida por los letrados para poder comunicarse con sus clientes, lo cual resulta extraño habida cuenta de la gran diversidad de lenguas en que éstos se expresan. Llama también la atención que de los 208 expedientes examinados tan sólo en dos de ellos se habían formulado alegaciones.

En ambos casos estas se redactaron y presentaron por letrados contratados y no por los abogados encargados de asistir a los interesados de oficio.

Por otra parte, en las diversas entrevistas y reuniones que se han mantenido en el transcurso de esta investigación, varios interesados han manifestado de manera espontánea su preocupación por el hecho de que la expulsión a su país pusiera en peligro su vida. Sin embargo no consta alegación alguna en tal sentido formulada por los letrados, ni en relación con las personas que han hecho estas manifestaciones, ni en relación con el resto de las personas a las que se les abrió expulsión una vez que le fue notificada la inadmisión a trámite de su solicitud de asilo.

Esta ausencia de actividad letrada ha propiciado que la autoridad gubernativa no pueda evaluar las razones manifestadas por los interesados, en orden a apreciar si concurre alguna causa que aconseje la aplicación del artículo 17.3 de la Ley reguladora del derecho de asilo. Como es sabido, a tenor de dicho precepto no podrá acordarse una medida de expulsión o devolución cuando la misma implique que el solicitante de asilo deba ser puesto en la frontera de territorios en los que su vida o su libertad peligren por causa de su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social así como por sus opiniones políticas (cfr. artículo 33.1 de la Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados), o bien cuando esté previsto enviarlo a terceros Estados que no otorguen una

protección efectiva contra la devolución al país perseguidor en los términos expuestos. A nada de esto se alude en los expedientes a los que esta Institución ha tenido acceso.

En atención a los datos extraídos de la consulta a los expedientes de expulsión efectuada por los servicios de esta Institución, así como del informe emitido por el propio Colegio de Abogados de Ceuta, ha podido elaborarse el siguiente cuadro que pone de manifiesto el número de asistencias realizadas por los abogados que intervinieron en los procedimientos de expulsión, cuyos datos se ofrecen a título ilustrativo:

<i>Día de las asistencias</i>	<i>Núm. de letrados actuantes</i>	<i>Núm. de extranjeros asistidos</i>
23 enero 2003	1	31
24 enero 2003	1	42
27 enero 2003	1	45
28 enero 2003	1	15
29 enero 2003	1	59
30 enero 2003	1	43
31 enero 2003	1	12
03 febrero 2003	1	21
04 febrero 2003	1	13
	Asistencias totales: 281	

A la vista de cuanto se acaba de exponer, esta Institución considera que el número de ciudadanos extranjeros a los que tuvo que asistir cada abogado el día que prestaba sus servicios como letrado de oficio, hizo materialmente imposible que existiera una verdadera «asistencia letrada», reduciéndose la misma a un trámite formulario que bien pudiera definirse como «presencia letrada».

De todo ello puede concluirse que la asistencia jurídica a los ciudadanos extranjeros en la ciudad de Ceuta, respecto a los expedientes a los que venimos haciendo referencia, no se prestó con las garantías que nuestro ordenamiento y los distintos pronunciamientos jurisprudenciales han establecido. En concreto puede afirmarse que los letrados que estuvieron presentes en el inicio de los trámites administrativos de expulsión no mantuvieron una actitud activa en defensa de los intereses de los ciudadanos extranjeros cuya asistencia tenían encomendada, pues ni siquiera trataron de indagar la situación personal en la que se encontraban las personas a las que asistían.

Sin embargo ha de señalarse igualmente que resulta materialmente imposible que un abogado pueda examinar más de 30 expedientes administrativos -y en algún caso más de 50-, entrevistarse reservadamente con ese número de personas, estar presente en el acto

en el que se les notifica la resolución administrativa y formular las correspondientes alegaciones en el reducido plazo de tiempo que le habilita establece.

Procede por ello que ante situaciones como las vividas los pasados meses de diciembre, enero y febrero, el Colegio de Abogados de Ceuta reorganice el servicio de asistencia jurídica a inmigrantes, de tal forma que los letrados que presten tal asistencia, reciban un número adecuado de inmigrantes que les permita desarrollar su función con la dedicación y profesionalidad que tal misión requiere.

Dentro de esa reorganización, según el criterio de esta Institución, debe abordarse también una actualización de la retribución que los letrados reciben por la prestación de ese servicio, ya que resulta claramente insuficiente que a los 4 turnos diarios se les abone sólo 228,38 euros, sobre todo si se tiene en cuenta que dichos turnos lo componen en estos casos entre 9 ó 10 abogados cada día. Sin lugar a dudas una correcta prestación de esa asistencia letrada debe ir acompañada de una digna y suficiente retribución.

En mérito de todo lo expuesto, esta Institución constitucional, en atención a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha estimado procedente formular a V. E. las siguientes recomendaciones:

«1. Que se adopten las medidas precisas para que las dependencias de esa Delegación que pueden recibir solicitudes de asilo estén en condiciones de formalizar y tramitar con la debida diligencia dichas solicitudes.

2. Que se dicten las instrucciones oportunas al objeto de que puedan detectarse con mayor rapidez las situaciones de saturación en los servicios encargados de tramitar las solicitudes de asilo en esa Delegación, de modo que sea posible adoptar de manera más ágil las medidas extraordinarias que resulten necesarias para conseguir la normalización de dichos servicios.

3. Que en la resolución de los expedientes de expulsión que se abran a extranjeros a los que previamente le haya sido inadmitida a trámite una solicitud de asilo se deje constancia del motivo por el que se estima que en ese caso procede la adopción de tal medida sancionatoria y no la emisión de un orden de salida obligatoria del territorio nacional».

Por otra parte ha de formularse igualmente a esa Delegación del Gobierno la siguiente sugerencia:

«Que en coherencia con la sugerencia formulada a la Dirección General de Extranjería e Inmigración, para que se deje sin efecto la inadmisión a trámite acordada en su día en aquellas solicitudes en las que quede acreditado que transcurrieron más de sesenta días hábiles desde el momento de la primera comparecencia de los solicitantes de asilo en la Oficina de Extranjeros de Ceuta y la fecha de la resolución de inadmisión, se decrete el

archivo de los expedientes de expulsión abiertos a estas personas, revocando en consecuencia las resoluciones de expulsión que hayan podido dictarse».

Madrid, 12 de junio de 2003.

Recomendación dirigida al Delegado del Gobierno en la Ciudad Autónoma de Ceuta.

Recomendación 32/2004, de 25 de mayo, para que se proceda a la revocación de oficio de las resoluciones de expulsión, cuando se aprecien circunstancias sobrevenidas que así lo aconsejen y sin que se exija previamente el desistimiento de una acción judicial.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 431.)

Acusamos recibo al escrito de V. I. en relación con la queja formulada por don (...) en representación de doña (...), ciudadana colombiana.

Estudiado el informe que nos ha sido remitido, hemos de manifestar que discrepamos del contenido del mismo, en cuanto a los motivos que se alegan para no revocar y archivar la orden de expulsión dictada en su día contra la señora (...).

En efecto, en el escrito recibido se pone de manifiesto que al encontrarse el expediente subjudice no cabe adoptar ninguna medida que varíe el acuerdo remitido al juzgado de lo contencioso-administrativo correspondiente mientras se mantenga la litispendencia.

A juicio de esta Institución, sin embargo, no existe obstáculo legal alguno para que por parte de la Administración se proceda a la revocación y archivo de la expulsión.

Por un lado, y a efectos puramente pragmáticos, resulta indiscutible que en casos como el aquí tratado procede la revisión del expediente al existir causas sobrevenidas que modifican sustancialmente la ejecutividad del acto administrativo, convirtiéndolo prácticamente en inejecutable.

Por otro lado, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa contempla explícitamente la posibilidad de allanamiento de las demandas formuladas, en concreto en la sección novena denominada «Otros modos de terminación del procedimiento».

El allanamiento —que como V. I. conoce significa aceptar la pretensión del actor en el pleito— puede ser realizado por el recurrente y por el demandado.

El demandado —que en este caso obviamente resulta ser la Administración competente—, según prevé el artículo 75.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, puede allanarse cumpliendo los requisitos exigidos en el apartado 2 del artículo 74 que señala la necesidad de presentar testimonio del acuerdo adoptado por el órgano competente con arreglo a los requisitos exigidos por las leyes o reglamentos respectivos.

Conviene señalar que la prueba evidente de que existe la posibilidad de revisar un expediente aun cuando se encuentre sometido a procedimiento judicial, es que el apartado 7 del artículo 74 de la Ley 29/1998, antes citada dispone que:

«Cuando se hubiera desistido del recurso porque la administración demandada hubiera reconocido totalmente en vía administrativa las pretensiones del demandante...»

Asimismo, el artículo 76.1 de la misma norma preceptúa que:

«Si interpuesto recurso contencioso-administrativo la Administración demandada reconociese totalmente en vía administrativa las pretensiones del demandante...»

A la vista de las normas citadas la imposibilidad para revisar el expediente no parece derivarse en modo alguno de las normas sino, más bien, parece tener su origen en la voluntad de esa Subdelegación de no realizar tal revisión.

En el presente caso el reconocimiento total de las pretensiones del demandante se reduce a la revocación de la orden de expulsión, de tal manera que revisado el expediente y a la vista de las circunstancias modificativas ya conocidas por esa Subdelegación respecto del matrimonio de la interesada con un ciudadano español y una vez acreditado este extremo, no sólo no parece inadecuado acordar el archivo de la orden de expulsión sino que a priori parecería lo más lógico.

Tras dicho acuerdo y puesto en conocimiento del juez o tribunal por cualquiera de las partes y previa comprobación de lo alegado, el juez podría dictar auto declarando terminado el procedimiento, según dispone el artículo 76.2 de la Ley antes citada.

Esta línea de actuación facilitaría la labor judicial y de haberse llevado a cabo con anterioridad hubiera evitado un proceso en el que, según hemos podido conocer, se ha dictado sentencia estimatoria a los intereses de los demandantes y que, al parecer, ha sido recurrido utilizando para ello la vía procesal oportuna.

Esta Institución, como V. I. conoce, tiene vedada su intervención en aquellos supuestos en los que el asunto que se somete a su consideración se encuentra pendiente de procedimiento judicial. Tal prohibición se enmarca en el primer inciso del artículo 17.2, de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de esta Institución.

No obstante, el segundo inciso establece que «ello no impedirá, sin embargo, la investigación sobre los problemas generales planteados en las quejas presentadas».

A juicio de esta Institución, la negativa por parte de esa Subdelegación para adoptar medidas, en el presente caso, supone una posición general que puede volver a repetirse en otras situaciones en las que se produzcan circunstancias modificativas esenciales que permitirían mantener una posición distinta.

Por todo lo anterior, esta Institución, en atención a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha estimado procedente formular a V. I. la siguiente recomendación: «Que se adopten las medidas pertinentes para revocar las resoluciones de expulsión dictadas por estancia irregular, en aquellos casos en los que se hayan producido

circunstancias modificativas que impidan en la práctica la expulsión, con independencia de que tales resoluciones estén impugnadas en vía judicial».

Madrid, 25 de mayo de 2004.

Recomendación dirigida al Subdelegado del Gobierno en Cádiz.

Recomendación 80/2004, de 26 de octubre, para la inmediata puesta en libertad de los extranjeros internados en centros cuando conste que la expulsión no podrá materializarse.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 124, pág. 458.)

Esta Institución ha recibido distintas quejas de letrados representantes de ciudadanos extranjeros internos por orden judicial, a los que no se había procedido a poner en libertad pese a la existencia de autos de la jurisdicción contencioso-administrativa que declaraban la suspensión de la ejecución de las órdenes de expulsión acordadas contra sus representados, por la única causa de estancia irregular en territorio español.

Así, a título de ejemplo, cabe señalar que el pasado mes de julio se tuvo conocimiento de que una ciudadana de nacionalidad colombiana se encontraba interna en el Centro de internamiento de extranjeros de Madrid, en virtud de auto del Juzgado de Instrucción número 6 de Majadahonda (Madrid), de 14 de junio de 2004, pese a haberse acordado por el juzgado de lo contencioso-administrativo número 11 de Madrid, en fecha 18 de junio de 2004, la suspensión del decreto de expulsión dictado por la Delegación del Gobierno en la Comunidad de Madrid por estancia irregular, en la que apreciaba in limine litis la caducidad del procedimiento sancionador, a resultas del cual se autorizó dicho internamiento.

Por tal motivo, el Defensor del Pueblo dirigió una sugerencia a la citada Delegación del Gobierno. En dicha sugerencia se ponía de manifiesto que una adecuada ponderación de los intereses en conflicto aconsejaba que por parte de aquel centro directivo se procediera con urgencia a dejar sin efecto la medida cautelar de internamiento o, cuanto menos, se solicitara del Juzgado de Instrucción número 6 de los de Majadahonda la inmediata puesta en libertad de la afectada, por resultar evidente que la expulsión proyectada pendía ya de una decisión judicial cuyo sentido sólo se conocería en fecha posterior al plazo final del internamiento, que cumplía el 23 de julio del año en curso.

La Delegación del Gobierno en la Comunidad de Madrid elaboró un informe en el que indicaba que en la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación no se había recibido ningún auto judicial del Juzgado de Instrucción número 6 de los de Majadahonda, que fue el que autorizó la medida de internamiento, entendiéndose ese centro directivo que dicho juzgado había tenido conocimiento del auto de suspensión y que, por tanto, era el único competente para el revocamiento del internamiento y disposición de puesta en libertad de la interna.

Finalmente, tras permanecer durante treinta y nueve días en el Centro de internamiento de extranjeros de Madrid, el 22 de julio de 2004, se puso en libertad a esta ciudadana por orden judicial, al no poderse materializar su expulsión ante la imposibilidad de obtener billetes de viaje con dirección a Colombia, y todo ello aun a pesar de que la propia Administración tenía conocimiento de que la ejecución de dicha expulsión se

encontraba suspendida judicialmente desde el día 18 de junio de ese mismo año; esto es, treinta y cinco días antes de que la interesada consiguiera quedar en libertad.

El mismo supuesto se planteó en el mes de septiembre de 2004, al dirigirse a la Institución un letrado que alegaba que su representada permanecía en el Centro de internamiento de extranjeros de Madrid a resultas de un decreto de expulsión dictado por la Subdelegación del Gobierno en Zaragoza, de conformidad con lo previsto en el artículo 53 a) de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

El citado letrado afirmaba que, a la vista de las especiales circunstancias de arraigo concurrentes en el caso, el juzgado de lo contencioso-administrativo número 6 de Madrid había decretado la suspensión de la citada orden de expulsión, y se lamentaba de que aquella Subdelegación no hubiese comunicado dicha circunstancia al Juzgado de Instrucción que acordó el internamiento.

También en esta ocasión se dictó una sugerencia urgiendo la pronta adopción de las medidas necesarias para la inmediata puesta en libertad de la persona afectada. La Delegación del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Aragón contestó que dicho auto le fue comunicado a esa Administración mediante fax de fecha 13 de septiembre de 2004, acordando el Juzgado de Instrucción número 8 de Zaragoza dejar sin efecto el internamiento el 14 de septiembre de 2004, esto es, un día después de notificada dicha resolución.

En otros casos, se ha podido constatar la incoación de procedimientos sancionadores por estancia irregular a personas que posteriormente demuestran que tenían reconocido legalmente su derecho a residir en territorio español. También en estos supuestos se ha apreciado la existencia de demoras en la puesta en libertad de los reclamantes, debido a que la autoridad gubernativa espera al pronunciamiento del juez de instrucción para dejar en libertad al ciudadano, pese a obrar en poder de la Administración documentos y datos que, de modo determinante, desvirtúan la causa de expulsión.

Las situaciones anteriormente expuestas tienen una especial relevancia ya que afectan de modo directo al contenido esencial del artículo 17 de la Constitución, que como V. E. conoce sobradamente, consagra el derecho de toda persona a la libertad y a la seguridad, sin que pueda ningún ciudadano ser privado de su libertad, sino en los casos y en la forma previstos en la ley.

El internamiento de un extranjero se configura en la legislación de extranjería como una medida de carácter cautelar y preventiva, previa autorización judicial, teniendo como única finalidad la de asegurar la eficacia de la resolución que finalmente pudiera recaer en el expediente sancionador.

A este respecto, resulta preciso recordar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en su sentencia 115/1997, de 7 de julio, dictada en el recurso de inconstitucionalidad número 880/1985 interpuesto por el Defensor del Pueblo contra determinados artículos de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, donde se advierte claramente que la intervención judicial en la medida de internamiento, como medida cautelar, y en suma que la intervención judicial en todo procedimiento sancionador en materia de extranjería, es una garantía para el extranjero, pero nunca puede convertirse en un impedimento para la puesta en libertad del mismo.

Asimismo, la sentencia aludida se pronuncia en su fundamento jurídico primero sobre el carácter de esta medida de internamiento, indicando que el internamiento del extranjero «debe regirse por el principio de excepcionalidad, sin menoscabo de su configuración como medida cautelar», y alude a otro pronunciamiento del Tribunal Constitucional de 12 de marzo de 1987, en el que se sostiene que este carácter excepcional exige la aplicación del criterio hermenéutico favor *libertati*.

Por su parte, el artículo 62 de la vigente Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España y su Integración Social, establece que «el internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente, sin que en ningún caso pueda exceder de cuarenta días ni acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previas en un mismo expediente».

En este mismo sentido, el apartado 3 del artículo 127 del Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la citada Ley Orgánica 4/2000, determina que el ingreso del extranjero en un centro de internamiento de carácter no penitenciario no podrá prolongarse «por más tiempo del imprescindible para la práctica de la expulsión».

El apartado 5 de ese mismo artículo señala la obligación de la autoridad gubernativa de solicitar de la autoridad judicial la puesta en libertad del extranjero cuando, con anterioridad al transcurso del plazo máximo de cuarenta días, se tenga constancia de que la práctica de la expulsión no podrá llevarse a cabo.

De la lectura de este precepto parece deducirse la exigencia de que sea el propio juez de instrucción, que acordó sobre el internamiento, el que determine igualmente sobre la puesta en libertad del extranjero.

Ahora bien, a juicio de esta Institución dicho apartado debería interpretarse en favor de la libertad del interno, sin que nada impida que la propia autoridad gubernativa ponga en libertad al extranjero, comunicando posteriormente tal decisión a la autoridad judicial, cuando en el curso del procedimiento sancionador se constata que no va a poderse llevar a efecto dicha expulsión, bien porque se haya dictado un auto contencioso-administrativo que suspenda tal medida, o bien porque siguiendo la evolución del expediente y las

vicisitudes de éste se tenga conocimiento de cualquier otra circunstancia que imposibilite su ejecución.

Según criterio del Defensor del Pueblo, el artículo 127.5 del citado Reglamento de extranjería no puede suponer, en modo alguno, una traba o impedimento para poder lograr la inmediata libertad del interno, y dado el carácter excepcionalísimo del internamiento, desde el momento en que la propia Administración es concedora de que no podrá procederse a la expulsión de un ciudadano, debería cesar el internamiento del extranjero con posterior comunicación al juez, evitando con ello prolongar una detención de forma injustificada.

La disponibilidad sobre la pérdida de libertad del extranjero es sin lugar a dudas una medida de carácter judicial, si bien como señala la sentencia del Tribunal Constitucional más arriba reseñada, «el órgano judicial habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso concreto, en el bien entendido no las relativas a la decisión de expulsión en sí misma (sobre la que el Juez no ha de pronunciarse en este procedimiento), 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 su huida o cualquier otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión».

Queda con ello claro que la decisión última sobre la expulsión y la ejecución de la misma tiene carácter administrativo, sin que resulte por tanto justificado que la autoridad gubernativa se vea en la obligación de esperar a la autorización de la autoridad judicial para dejar en libertad al interno, una vez desaparecidas las causas que motivaron la incoación del procedimiento sancionador o resulte judicialmente suspendida la medida de expulsión.

Tal demora supondría, en consecuencia, una lesión desproporcionada del derecho a la libertad del extranjero, máxime cuando la decisión del juez de instrucción que aprobó el internamiento va a limitarse a ratificar la decisión de la Administración, al no serle dado entrar a conocer sobre las circunstancias de la propia expulsión.

Ha de repararse especialmente en el hecho de que el internamiento judicial en los supuestos de extranjería no puede constituir un fin en sí mismo, sino que tiene un carácter meramente instrumental, al objeto de asegurar la materialización de la expulsión que pueda eventualmente acordarse por la autoridad administrativa. En esa lógica la intervención judicial, en tanto que salvaguarda el derecho fundamental a la libertad, debe extenderse a conocer si hay causa bastante para proceder a perturbar esa libertad, así como a ejercer la supervisión material y jurídica de las condiciones en las que el internamiento se desarrolla; de ahí que, muy acertadamente, la legislación prevea que se pondrá en conocimiento del juez que autorizó el internamiento todas las incidencias que se produzcan en el transcurso del mismo.

Ahora bien, la cuestión central está en determinar si desde el punto de vista material la exigencia reglamentariamente prevista de instar de la autoridad judicial la puesta en libertad de los internados, una vez que se tenga conocimiento por parte de la autoridad administrativa que la expulsión proyectada no podrá llevarse a cabo, constituye o no alguna garantía.

La siempre necesaria interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, obliga aquí a cuestionar el sentido de una norma reglamentaria que no introduce ninguna garantía material, sino que, bien al contrario, en la práctica resulta un mero obstáculo formal para la ágil recuperación de la libertad. A este respecto, debe repararse en la situación, por lo demás frecuente, de los extranjeros internados respecto de los que la Administración tiene noticia un viernes de que no va resultar posible la expulsión y, con arreglo al referido precepto, deben aguardar como mínimo hasta el lunes a fin de que se cumplimente el trámite formal de instar la libertad al juez autorizante del internamiento.

Entiende esta Institución que al no constituir el internamiento, como ha quedado ya expuesto, una finalidad en sí misma, sino una mera medida cautelar, nada impide que la decisión de poner fin al mismo sea adoptada por la autoridad administrativa — directamente concedora de la realidad del expediente y las posibilidades de que la expulsión pueda o no materializarse— y luego comunicada al juez autorizante de la misma.

En esa línea y como precedente, puede citarse lo previsto en el artículo 763.4 último párrafo, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que cuando regula los internamientos involuntarios por razón de trastorno psíquico, señala:

«Sin perjuicio de lo dispuesto en los párrafos anteriores, cuando los facultativos que atiendan a la persona internada consideren que no es necesario mantener el internamiento, darán de alta al enfermo, y lo comunicarán inmediatamente al tribunal competente.»

Como corolario puede indicarse que, a criterio de esta Institución, siendo la libertad la condición natural de todo ser humano, lo único que tiene sentido es establecer la intervención judicial como garantía material en el momento en que está en cuestión la pérdida de la misma, pero que no resulta necesario, ni implica garantía alguna, establecer un cauce similar para la recuperación de ese estatus que, debe insistirse, ha de ser el natural de las personas.

Tan sólo en el caso en que el expediente de expulsión traiga causa de una sustitución de condena o medida de seguridad, acordadas conforme a los artículos 89 y 108 del Código Penal, cabría plantearse teóricamente la necesidad de supeditar la puesta en libertad a la autorización judicial. No obstante el tenor de los preceptos indicados resulta suficiente para despejar, también en este caso, la duda, puesto que en ambos preceptos se indica que si una vez acordada la sustitución ésta no pudiera llevarse a efectos se procederá al cumplimiento de la pena o medida originariamente impuesta.

A la vista de todo cuanto antecede, y dado que en la actualidad se encuentra en su fase última la elaboración de un nuevo Reglamento de Extranjería, se ha considerado oportuno dar traslado a V. E. de las anteriores argumentaciones y del criterio de esta Institución, a fin de que se tenga en consideración la siguiente recomendación:

«Que en el Reglamento, actualmente en preparación, se elimine una referencia de similar tenor a la contenida en el inciso «debiéndose solicitar de al autoridad judicial la puesta en libertad del extranjero cuando con anterioridad al transcurso de este plazo se tenga constancia de que la práctica de la expulsión no podrá llevarse a cabo», que figura en el párrafo 5 del artículo de la norma aprobada por Real Decreto 861/2001, de 20 de julio, de modo que, con carácter general, sea responsabilidad de la autoridad administrativa acordar la libertad de los extranjeros sometidos a medida de internamiento cuando se conozca que la expulsión proyectada no podrá materializarse por cualquier causa, disponiéndose solamente la obligación de los centros de internamiento de comunicar a la autoridad judicial esta circunstancia a la mayor brevedad posible».

Madrid, 26 de octubre de 2004.

Recomendación dirigida a la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración.

Recomendación 21/2005, de 5 de abril, sobre la proporcionalidad que debe seguirse para determinar el plazo de prohibición de entrada, como sanción accesoria en los procedimientos de expulsión.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 280, pág. 508)

Mediante la presente acusamos recibo al último escrito remitido por V. I., al que acompaña copia de la documentación obrante en esa Subdelegación relativa a don (...).

Como V. I. ya conoce, esta Institución continuó sus actuaciones en la queja formulada en su día a nombre del interesado, por considerar que la sanción accesoria de prohibición de entrada impuesta en la resolución de expulsión tenía una duración, en principio, demasiado larga en relación con la presunta infracción cometida, que era la de estancia irregular.

A pesar de que la resolución fue revocada, interesaba a esta Institución conocer la causa que había llevado a la imposición de un período tan prolongado de prohibición de entrada. En el primer informe remitido por esa Subdelegación, se comunicaba que el interesado había sido detenido en su momento por un delito contra la salud pública.

Tras analizar detenidamente la documentación remitida, no hemos encontrado documento alguno del que se desprenda que, con posterioridad a aquella diligencia policial, que tuvo lugar en febrero de 2002, se llevaran a cabo actuaciones judiciales en contra del interesado. Ello hace suponer que la sanción accesoria de prohibición de entrada se impuso con base únicamente en la anotación informática de la detención policial.

A la vista de lo anterior, esta Institución ha considerado procedente manifestar lo siguiente:

La medida accesoria de prohibición de entrada, que se impone junto con las resoluciones de expulsión permite una gradación, ya que puede ser impuesta por un mínimo de tres años y un máximo de diez.

Como V. I. conoce sobradamente, la adopción de una decisión que fija los años de prohibición ha de basarse en elementos de juicio que expliquen, en términos de razonabilidad, la relación entre la gravedad de la infracción administrativa y la extensión en el grado de la sanción impuesta, con el fin de respetar el principio de proporcionalidad que debe informar el procedimiento sancionador.

En este sentido, cabe recordar que la mera existencia de antecedentes policiales que no determinan una posterior condena penal, no pueden alegarse para fundamentar una mayor sanción, ni en este caso ni en otros, por cuanto tal afirmación conllevaría la vulneración del principio de presunción de inocencia, garantizado en el artículo 24.2 de la Constitución.

El artículo 131.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone lo siguiente:

“En la determinación normativa del régimen sancionador así como en la imposición de sanciones por las administraciones públicas, se deberá guardar la debida adecuación entre la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada, considerándose especialmente los siguientes criterios para la graduación de la sanción a aplicar:

a) La existencia de intencionalidad o reiteración.

b) La naturaleza de los perjuicios causados.

c) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme”.

En el caso analizado resulta evidente que el instructor propuso una prohibición de siete años, sin que se acreditara ninguno de los criterios señalados por la norma. Por el contrario, la sanción accesoria impuesta, que resultaba ser algo más del doble de la sanción mínima, se aplicó a pesar de que el expedientado había sido residente legal, tenía arraigo en España y había solicitado renovar su documentación, aun cuando inicialmente ésta le fue denegada. En su contra existía únicamente el dato de una detención policial, sin que constara la posterior iniciación de diligencias judiciales, dato éste que, según se ha indicado ya, no debió considerarse a los efectos de imponer la sanción, por ser irrelevante.

Por otro lado, el hecho de que la graduación de la sanción quede en manos de la Administración no implica que pueda adoptarse la misma prescindiendo del principio de proporcionalidad, pues, en caso contrario, la sanción impuesta podría calificarse de arbitraria, con la consiguiente vulneración del artículo 9.3 de la Constitución Española.

En este sentido, el Tribunal Supremo viene reiterando en sus sentencias que:

“... la discrecionalidad que se otorga a la Administración en la imposición de sanciones, dentro de los límites legalmente previstos, debe ser desarrollada, ponderando en todo caso las circunstancias concurrentes, al objeto de alcanzar la necesaria y debida proporcionalidad exigida, dado que toda sanción debe determinarse en congruencia con la entidad de la infracción cometida y según criterio de proporcionalidad en relación con las circunstancias objetivas del hecho, proporcionalidad que constituye un principio normativo que se impone como un precepto más a la Administración correspondiendo al ámbito de lo jurisdiccional, en su facultad revisora, no tan solo la calificación de la conducta subsumible en el tipo legal, sino también el adecuar la sanción al hecho cometido ya que en ambos casos, el tema es de aplicación de criterios valorativos jurídicos plasmados en la norma escrita o inferibles de principios integradores del ordenamiento jurídico, como son en este

campo sancionador los de congruencia y proporcionalidad entre la infracción y la sanción” (STS de 27 de octubre de 2004).

A juicio de esta Institución y tras el examen obtenido de la actuación administrativa que se llevó a cabo en el presente caso, hemos de concluir que la sanción impuesta resultó desproporcionada.

Teniendo en cuenta que la resolución fue revocada, como ya hemos dicho, no cabe realizar sugerencia alguna en relación con la misma, si bien, y de conformidad con lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica, hemos adoptado la decisión de efectuar la siguiente recomendación:

“Que, por parte de V. I. se dicten las instrucciones pertinentes a los servicios de esa Subdelegación del Gobierno para que, en la instrucción y tramitación de los procedimientos sancionadores que se incoen, se respete el principio de proporcionalidad, adecuando en todo caso las sanciones que se impongan, incluyendo las accesorias, a la infracción cometida.

Que, por parte de V. I. se supervise con especial interés la sanción de prohibición de entrada que propone el instructor del expediente, con el fin de supervisar el cumplimiento efectivo de tales instrucciones”.

Madrid, 5 de abril de 2005.

Recomendación dirigida al Subdelegado del Gobierno en Barcelona.

Recomendación 90/2006, de 13 de diciembre, para que se adopten las medidas pertinentes, a fin de que se cumplan todas las garantías legales en la identificación de indocumentados menores de edad, y que las resoluciones de expulsión o devolución que erróneamente les afecten sean eliminadas de los registros policiales.

(BOCG. Cortes Generales. VIII Legislatura. Serie A. Núm. 388, pág. 429)

En el primer momento posible, acusamos recibo al informe remitido por la Subdelegación del Gobierno de ese organismo, en relación con las actuaciones seguidas por la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación cuando se localiza a extranjeros indocumentados que pueden ser menores de edad.

En el informe elaborado por la Jefatura Superior de Policía y remitido a la mencionada Subdelegación se pone de manifiesto, en síntesis, que cuando se trata de personas cuya minoría de edad no puede ser determinada se hacen las correspondientes pruebas óseas. Estas pruebas se realizan en dos casos: aquellos que dicen ser menores de edad y aquellos que aparentan ser menores, independientemente de la edad que manifiesten tener.

Se afirma, asimismo que las pruebas se realizan con todas las garantías legales, remitiéndose las preceptivas comunicaciones al Ministerio Fiscal.

Finalmente se indica que cuando existen dudas no se aplica la legislación de extranjería prevista para los mayores hasta que se determina la edad.

La información que hemos reflejado, y que se contenía en el informe elaborado por la Jefatura Superior de Policía, contrasta con los informes remitidos por la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Canarias y por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

En el informe remitido por la Fiscalía de Canarias se pone de relieve que en el momento de prestar declaración ante el juez que ha de resolver el internamiento, se alega por algunos extranjeros su minoría de edad y el juez remite al alegante al hospital para que se le efectúe la prueba de edad. En otros casos, ante la apariencia de la minoría de edad, es el juez el que pregunta al extranjero su edad y si de la respuesta se desprende su minoría de edad, también ordena la realización de la prueba de edad.

Por su parte, del informe de la Fiscalía de Madrid se desprende que se traslada a Madrid como adultos a menores, algunos de los cuales, tras ser puestos en libertad ante la imposibilidad de su devolución o expulsión, solicitan protección invocando su minoría de edad, momento en el cual se procede a su tutela. Señalan que, por desgracia, es frecuente que queden en desamparo o que si acceden a la tutela ésta sea tardía, lo que impide en muchos casos que cumplan el período mínimo de nueve meses en dicha situación, por lo que no llegan a ostentar el derecho a una autorización de residencia.

De la lectura de los informes de la Fiscalía se colige, por tanto, que a un indeterminado número de extranjeros se les realiza la prueba de edad por orden judicial, bien porque el propio inmigrante alega ser menor de edad o porque el juez, al advertir que su apariencia física responde a la de un menor, se interesa por su edad.

La información remitida por la Fiscalía de Canarias nos permite cuestionar las afirmaciones contenidas en el informe elaborado por la Jefatura de Policía. En particular, aquellas referidas a que las autoridades policiales ordenan la realización de pruebas óseas a todos los extranjeros que aparentan ser menores, con independencia de sus manifestaciones.

Por su parte, el informe remitido por la Fiscalía de Madrid pone de relieve que algunos menores reciben en Canarias el mismo trato que los adultos y que, sin embargo, con posterioridad, algunos de ellos acaban siendo tutelados, una vez que abandonan el centro de internamiento de Madrid. Ello quiere decir que inicialmente no se detectó su minoría de edad por parte de las autoridades policiales.

Una de las consecuencias de que los menores no reciban protección desde el primer momento es que, tal y como señala la Fiscalía de Madrid, en muchos casos no estarán el tiempo suficiente en los centros de protección para adquirir la documentación que prevé la normativa de extranjería, dado que es preciso contar con nueve meses de tutela y, en algunos casos, por tanto, deberán abandonar el centro sin estar debidamente documentados, mientras que si su minoría de edad se hubiera detectado desde el principio, hubieran tenido derecho a contar con una autorización de residencia.

Las consecuencias de abandonar el centro de protección sin documentación alguna son graves, especialmente cuando el menor no puede ser devuelto o expulsado. La situación de desprotección de estos jóvenes es probablemente mayor que la de personas adultas de más edad, existiendo un alto riesgo de que acaben en la marginalidad ante la falta de recursos.

Por ello, esta Institución ha considerado procedente formular a V. E. la siguiente recomendación:

“Que se adopten las medidas pertinentes a fin de sensibilizar a los agentes que intervienen en esta materia para que ante la más mínima duda de que un inmigrante pueda ser menor, se le efectúe una pregunta directa al respecto y, en caso de albergar dudas, se trasladen éstas a la Fiscalía o al juez con el fin de que sean dichas autoridades las que determinen la procedencia de la prueba de edad y, asimismo, realicen la interpretación de su resultado, ya que, como es sabido, los resultados no ofrecen una edad cerrada sino una horquilla de edad que es preciso interpretar.

Que se dicten instrucciones concretas a fin de eliminar de los registros policiales las resoluciones de expulsión o devolución que hayan podido ser introducidas, en el caso de que se determine que el inmigrante es menor de edad”.

Madrid, 13 de diciembre de 2006.

Recomendación dirigida al Delegado del Gobierno en la Comunidad Autónoma de Canarias.

Recomendación 64/2009, de 27 de mayo, sobre la correcta aplicación de los mecanismos legales previstos para el caso de mujeres extranjeras víctimas de trata.

Se ha recibido en fechas recientes escrito remitido por la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, en el que nos contesta a la queja planteada por Doña (...) , y registrada en esta Institución con el número arriba indicado.

En dicho informe se comunica que tras la intervención judicial, no quedó demostrado que las extranjeras expulsadas fueran víctimas de trata de personas. Además, se añade, que se optó por la sanción de expulsión al entender que carecían de “vinculaciones lícitas con nuestro país” ya que ejercían una actividad, la prostitución, no reconocida en la legislación española.

La anterior información, contrasta con las notas de prensa facilitadas por el Gabinete de Prensa de la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, en las que, desde un principio se utilizan expresiones inequívocas, como “mujeres explotadas”, “mayor operación policial contra la trata de mujeres”, “de las 599 mujeres traficadas por esta organización, e identificadas policialmente, tan solo una veintena han decidido denunciar, como testigos protegidos, ante el temor a represalias de la red”. Se daba cuenta también de las condiciones en las que fueron encontradas las mujeres “tratadas como simple mercancía para la obtención de beneficios económicos para y por los explotadores. Hechos que quedan evidenciados al observar los pisos patera donde alojaban a las víctimas... además las mujeres debían respetar unas normas ineludibles bajo la amenaza de multas económicas”. En la nota de prensa, se destacan también entre los efectos intervenidos “numerosos pasaportes rusos, todos ellos de mujeres jóvenes de esa nacionalidad”.

Esta Institución ha tenido ocasión de conocer recientemente, a través de la información remitida por la Fiscalía General del Estado, el estado de los procedimientos abiertos en relación con la “Operación Zarpa”: DP 773/07 del Juzgado de Instrucción nº 5 de El Ejido, DP 1587/07 del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Plasencia, DP 710/07 del Juzgado de Instrucción de Figueras. Asimismo, se da cuenta de dos diligencias previas en Lérida (DP 3231/07 y 2944/07), que han sido sobreeséidas al no haber localizado a las mujeres.

Por todo lo anterior, a la vista de las explicaciones ofrecidas por la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil, en relación a la actuación de los funcionarios policiales encargados de la investigación de los delitos de trata y tráfico, el Defensor del Pueblo considera necesario que se mejore sustancialmente el protocolo seguido en la citada operación, así como que se desarrolle uno nuevo de cara a futuras operaciones, a fin de evitar que las mujeres, eventuales víctimas de trata con fines de explotación sexual, al ser ciudadanas extranjeras en situación documental irregular, sean expulsadas de nuestro país sin haberse puesto en marcha todos los mecanismos necesarios a fin de que puedan dar el

paso necesario para salir de la red de trata de personas en la que se hayan inmersas. Asimismo, la mejora del citado protocolo debe ir encaminada a una persecución más eficaz de los autores de estos delitos, que pueden quedar impunes, si las víctimas de los mismos reciben tan solo el tratamiento de inmigrantes en situación documental irregular, sancionado con la expulsión de territorio nacional. Y todo lo anterior, con base en la argumentación que a continuación se expone.

Resulta preciso recordar la definición de trata de personas del artículo 3.a del Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, adoptado por la Asamblea General, que señala: “por trata de personas se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos”. En su apartado b, en relación al consentimiento dado por la víctima, el mismo artículo señala: “El consentimiento dado por la víctima de la trata de personas a toda forma de explotación que se tenga la intención de realizar descrita en el apartado a del presente artículo no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios enunciados en dicho apartado”.

En el transcurso de la investigación, esta Institución ha podido conocer que, tan solo 20 mujeres, de las 599 identificadas al inicio recibieron el tratamiento de testigos protegidos. También se pudo conocer, que incluso a estas se les incoó desde un inicio un expediente de expulsión, que, en algunos casos ha sido archivado y en otros está en proceso de revocación. La citada práctica, incoación de expedientes de expulsión a extranjeras, que ejercen la prostitución, en situación documental irregular, detenidas en el contexto de una operación policial de lucha contra la trata de personas, fue uno de los principales motivos de preocupación del Defensor del Pueblo, al iniciar esta investigación.

La Directiva 2004/81/CE otorga una protección específica a la víctima con anterioridad y con independencia de que la misma finalmente decida cooperar con las autoridades (supuesto este para el que sí existe una previsión expresa en el artículo 59 de la Ley Orgánica 4/2000 y su desarrollo reglamentario, artículo 45.5 del Real Decreto 2393/2004). Tal y como señala el considerando 11 de la Directiva lo anterior (en referencia al periodo de reflexión) “debe ayudarlos a estar en condiciones de decidir con conocimiento de causa si desean o no cooperar –habida cuenta de los riesgos que esto puede entrañar- con las autoridades competentes, ya sean autoridades policiales, fiscales o judiciales, para que su cooperación sea libre y en consecuencia más eficaz”. Sin embargo, esa posibilidad, al no aparecer expresamente prevista en nuestro ordenamiento interno y depender de una

eventual invocación del efecto directo de la Directiva por parte del interesado, dificulta gravemente la lucha efectiva contra este tipo de delitos. La falta de aplicación de las previsiones de la Directiva 2004/81/CE en nuestro ordenamiento, ha llevado a la Comisión Europea a interponer un recurso (Asunto C-266/08) ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, solicitando la condena de España.

No sólo el Defensor del Pueblo ha mostrado su preocupación sobre la persecución de los autores y protección de las víctimas de la trata de personas, también la Fiscalía General del Estado, en su informe correspondiente al año 2007 (páginas 621 a 638) realiza un exhaustivo análisis de la situación. En relación al asunto que ahora nos ocupa, cabe destacar la preocupación de varias Fiscalías territoriales (página 636) ante la “compleja realización de las pruebas testificales de las víctimas derivadas de una variedad de factores: en la mayoría de las ocasiones deben ser necesariamente pre constituidas o anticipadas lo que provoca la imposibilidad de llevarse a cabo en los servicios de guardia cuando son prestados por un solo Juzgado en régimen de 24 horas y el número de diligencias a practicar es muy numeroso; por la pronta expulsión gubernativa del testigo extranjero y las limitaciones de aplicación del artículo 59 L.E.”

Esa complejidad en la realización de las pruebas testificales, a las que hace referencia la Fiscalía General del Estado, es plenamente aplicable a la “Operación Zarpa” en la que, como queda dicho, fueron detenidas 599 mujeres, siguiéndose prácticamente todas las diligencias previas en Juzgados, fuera de capitales de provincia. De hecho, dos de las diligencias previas han sido ya sobreeséidas, precisamente por no haber podido localizar a las víctimas.

Por todo lo anterior, esta Institución, en atención a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha estimado procedente formular a V.I. la siguiente

RECOMENDACIÓN:

1º.- Que se dicten instrucciones dirigidas a las Brigadas Provinciales de Extranjería y Documentación a fin de evitar que las mujeres posibles víctimas de trata, al ser ciudadanas extranjeras en situación documental irregular, sean expulsadas de nuestro país sin haberse puesto en marcha todos los mecanismos necesarios a fin de que puedan dar el paso necesario para salir de la red de trata de personas en la que se hayan inmersas.

2º.- Que se refuercen los cursos de formación específicos en materia de trata de personas en general y en particular de trata de mujeres con fines de explotación sexual, dirigidos a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía encargados de la investigación de este tipo de delitos.

Madrid, 27 de Mayo de 2009

Recomendación formulada a la Dirección General de la Policía y de la Guardia Civil.

Recomendación 16/2012, de 31 de enero, para que se modifique la Circular 1/2010, de 25 de enero, a fin de que sean correctamente interpretados los supuestos de “detención cautelar” y traslado a comisaría de ciudadanos extranjeros identificados, a fin de que cese la práctica detectada consistente en la detención y posterior traslado a dependencias policiales donde se les incoa un expediente sancionador por estancia irregular.

Se acusa recibo a su atento escrito en el que nos contesta a la queja planteada por numerosos ciudadanos de origen extranjero que habían sido detenidos como consecuencia de controles de identificación, y registrada con el número arriba indicado.

En dicho escrito se reitera que el traslado a comisaría de un ciudadano extranjero, debidamente identificado, pero en situación irregular en España, encuentra amparo legal en los artículos 61.1.d), 62, 63 y 63.bis de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx) y en los artículos 11 y 20 de la Ley Orgánica 1/1992 sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (LOPSC). Además continúa señalando que, por un lado, es obligación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, artículo 11.1a) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo (LOFCS) “proteger el libre ejercicio de los derechos y deberes y garantizar la seguridad ciudadana mediante el desempeño de las siguientes funciones: a) Velar por el cumplimiento de las leyes y disposiciones generales ...”. Y que, por otro lado, el artículo 12 de la LOFCS atribuye al Cuerpo Nacional de Policía “las funciones previstas en la legislación de extranjería, refugio, asilo, extradición, expulsión, emigración e inmigración”; obligación que de no llevarse a cabo podría ser objeto de responsabilidad disciplinaria por dejación de facultades o deberes de conformidad con el régimen sancionador de las infracciones recogidas en el Título III de la LOEx. Por todo lo anterior, ese organismo considera que la conducción del extranjero a comisaría, aun llevando consigo la oportuna identificación, es “una interpretación integradora del Ordenamiento jurídico basada principalmente en los textos y preceptos citados”.

Por último, añade que los controles de identificación rutinarios en determinados lugares públicos de Madrid no están vinculados a la aplicación de la Ley de extranjería, ni a la Circular 1/2010, de 25 de enero, tratándose de controles realizados en lugares de gran afluencia de público en los cuales las Fuerzas de Seguridad realizan “labores preventivas que afectan tanto a ciudadanos extranjeros como españoles”.

Tomando en cuenta estos antecedentes, el Defensor del Pueblo ha considerado necesario realizar las siguientes consideraciones:

Tras el análisis de la regulación legal realizado en la LOEx, en la LOPSC y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal no se puede compartir que exista una habilitación legal para practicar “una detención preventiva” de un ciudadano extranjero debidamente identificado y trasladarlo a la comisaría a fin de iniciar un procedimiento sancionador de expulsión del territorio nacional por infracción de la Ley de extranjería. El artículo 17.1 de la Constitución

Española señala 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”. El citado precepto protege a todas las personas que estén en territorio español, con independencia de su nacionalidad y de si su estancia en dicho territorio es regular o irregular. En ese sentido, la STC 53/2002, de 27 de febrero, en relación con los extranjeros solicitantes de asilo, ya estableció que gozan de los derechos fundamentales derivados de la dignidad de la persona que la Constitución reconoce a todas las personas sometidas a los actos de los poderes públicos españoles, concluyendo de ello que los extranjeros, con independencia de su situación administrativa, disfrutan del derecho a la libertad que el art. 17.1 CE reconoce a todas las personas (FJ 4). Asimismo, la STC 341/1993, de 18 de noviembre, afirma que “la medida de identificación en dependencias policiales prevista en el art. 20.2 de la LOPSC supone (...) una situación que va más allá de una mera inmovilización de la persona, instrumental de prevención o de indagación, y por ello ha de ser considerada como una modalidad de privación de libertad” (F.J.4).

Asimismo, en su escrito de 3 de noviembre de 2011, señala que el traslado de ciudadanos identificados en situación irregular está justificado por las “indagaciones y procedimientos pertinentes”, en concreto cabe citar: “las actuaciones previas a la iniciación del procedimiento (art. 218), las medidas de carácter provisional que se hayan acordado por el órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador, sin perjuicio de las que se puedan adoptar durante éste (art. 227.1 f, iniciación de procedimiento ordinario) y la tramitación del procedimiento preferente en supuestos de infracciones previstas en la letra a) del artículo 53.1 de la LOEx”. En este sentido resulta preciso recordar que las actuaciones previas previstas en el artículo 218 del Reglamento de extranjería habrán que ser interpretadas y aplicadas de conformidad con los criterios de razonabilidad, idoneidad y adecuación a la limitación de un derecho fundamental como es el recogido en el artículo 17 de la CE.

El principio de proporcionalidad, como ha establecido el Tribunal Constitucional, sirve para decidir si la restricción al derecho fundamental está justificada y esto se realiza aplicando tres criterios: (1) la idoneidad de la medida restrictiva para la consecución del fin perseguido; (2) la necesidad de esta medida, es decir, la inexistencia de medidas menos drásticas; y (3) la proporcionalidad en sentido estricto que exige que el fin perseguido justifique por su valor la restricción del derecho fundamental. Pues bien, este tipo de privación de libertad, denominada en su escrito “detención cautelar”, no reúne el requisito de la necesidad ni proporcionalidad puesto que se está privando de libertad a un ciudadano por no acreditar el requisito de su estancia legal en España. La única actuación policial posible conforme a ley sería, como se haría ante cualquier otra infracción administrativa, formular un boletín de denuncia con los datos identificativos del ciudadano extranjero y remitirlo a la autoridad administrativa competente para, en su caso, la incoación del procedimiento sancionador. Sólo en el marco de este procedimiento resultaría ajustado a

Derecho que el instructor acordase la detención cautelar prevista en el artículo 61.1.f) de la LOEx.

En este sentido, el fundamento jurídico 5 de la STC 341/1993, de 18 de noviembre, antes mencionada, al examinar si la previsión del art. 20.2 resulta conciliable con lo dispuesto en el art. 17.1 de la Constitución, señala que “la determinación de los casos en los que se podrá disponer una privación de libertad en modo alguno supone que quede el legislador apoderado para establecer, libre de todo vínculo, cualesquiera supuestos de detención, arresto o medidas análogas. La Ley no podría, desde luego, configurar supuestos de privación de libertad que no correspondan a la finalidad de protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos o que por su grado de indeterminación crearan inseguridad o incertidumbre insuperable sobre su modo de aplicación efectiva y tampoco podría incurrir en falta de proporcionalidad (...) la privación de libertad con fines de identificación sólo podrá afectar a las personas no identificadas de las que razonable y fundadamente pueda presumirse que se hallan en disposición actual de cometer un ilícito penal o a aquellas, igualmente no identificables, que hayan incurrido en una infracción administrativa, estableciendo así la Ley un instrumento utilizable en los casos en que la necesidad de identificación surja de la exigencia de prevenir un delito o falta o de reconocer, para sancionarlo, a un infractor de la legalidad” (FJ 5). En consecuencia, cualquier situación de privación de libertad, en concreto la conducción a comisaría a cualquier efecto debe estar prevista legal y explícitamente a fin de contar con cobertura constitucional.

En los casos investigados, la conducción de ciudadanos extranjeros documentados que no acreditan su estancia regular en nuestro territorio no está prevista legalmente. Como V.I. conoce, el artículo 11 de la LOPSC obliga al extranjero a disponer de los documentos que acrediten su identidad y la regularidad de su estancia. También el artículo 20 de la misma ley permite el traslado a comisaría para “identificación” (“retención para identificación”) cuando la identificación no ha sido posible. Por tanto, el traslado a comisaría sólo puede producirse por falta de documento de identidad, no de documento que acredite la legalidad de la estancia. Lógicamente también puede realizarse en caso de delito, tal y como queda contemplado en el apartado número cuatro de la Instrucción 12/2007 de la Secretaría de Estado de Seguridad, o bien en el marco de un procedimiento de expulsión ya en curso, de conformidad con lo establecido en el artículo 61.1.d) de la Ley de Extranjería que contempla la figura de las detenciones cautelares administrativas.

Por todo cuanto antecede, el Defensor del Pueblo en el ejercicio de las responsabilidades que le confieren los artículos 54 de la Constitución y 1 y 9 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de esta Institución, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de aquella Ley Orgánica,

RECUERDA a V.I. EL DEBER LEGAL

que incumbe a ese organismo de no proceder a la detención y posterior traslado a dependencias policiales de ciudadanos extranjeros debidamente identificados si no se dan los presupuestos legales de una detención penal o de una retención para identificación de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, o bien de una detención cautelar a la que se refiere el artículo 61.1.d) de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Igualmente, esta Institución, en atención a lo establecido en el precitado artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha estimado procedente formular a V.I. la siguiente

RECOMENDACIÓN

Que se modifique la Circular 1/2010, de 25 de enero, a fin de que sean correctamente interpretados los supuestos de “detención cautelar” y traslado a comisaría de ciudadanos extranjeros identificados, a fin de que cese la práctica detectada consistente en la detención y posterior traslado a dependencias policiales donde les es incoado un expediente sancionador por estancia irregular en territorio nacional.

Recomendación a la Dirección General de la Policía

Recomendación 37/2012, de 15 de marzo, para que se impartan instrucciones a los Encargados de los Registros Civiles para evitar que, de manera sistemática, se considere la situación documental irregular de unos de los contrayentes, indicio suficiente para solicitar informe a la policía, que implique que el extranjero haya de personarse en dependencias policiales.

Se ha recibido su escrito en respuesta al remitido por esta Institución sobre la detención de ciudadanos extranjeros que se encuentran en situación irregular durante la tramitación del expediente matrimonial que se inicia ante el Registro Civil correspondiente.

El informe alude específicamente al supuesto que motivó la iniciación de investigación ante esa Secretaría de Estado, relativa a la expulsión del interesado y, asimismo, responde a las cuestiones planteadas por esta Institución que tienen un alcance general, dado el número de quejas que, tal y como se mencionaba en nuestro escrito anterior, esta Institución ha recibido en las que se plantean situaciones similares.

Por lo que se refiere al presente expediente, el ciudadano extranjero, Don (...), fue expulsado durante la tramitación del expediente matrimonial. A pesar de que el procedimiento ha continuado en el Registro Civil Consular no puede dudarse que los futuros cónyuges no podrán reunirse durante largo tiempo en España dado que será preciso: 1) que concluya el expediente matrimonial; 2) que celebren el matrimonio; 3) que se lleve a cabo la inscripción; y 4) que se emita el visado correspondiente que permita la entrada del extranjero en territorio nacional.

Las posibilidades de que se emita visado para acceder a territorio español antes de que se practique la inscripción matrimonial son muy escasas, por no decir nulas. Esto implicará probablemente que los interesados se vean obligados a contraer matrimonio a través de apoderado a menos que se desplace a Marruecos la ciudadana española. No obstante, debe recordarse que en dicho país el ciudadano marroquí viene obligado a contraer matrimonio conforme a la *lex loci*, sin que sea posible celebrar matrimonio civil.

Es incuestionable, por tanto, que en este supuesto se ha causado un perjuicio cierto, no solo al ciudadano extranjero sino también a la ciudadana española que pretendía ejercer su derecho constitucional a contraer matrimonio.

Las investigaciones realizadas por esta Institución ponen de manifiesto que, en el presente caso, los funcionarios policiales llevaron a cabo actuaciones para ejecutar la expulsión del interesado antes de que éste se personara en las dependencias policiales a las que fue citado en el marco del procedimiento matrimonial. En concreto, los funcionarios policiales solicitaron autorización judicial para la expulsión el día 23 de junio de 2011, siendo concedida la misma con fecha 18 de julio de 2011. De este modo, cuando el interesado compareció el día 21 de julio de 2011 en las dependencias policiales fue detenido y expulsado al día siguiente. En la misma fecha, tras la intervención de esta Institución, la Subdelegación

del Gobierno en Alicante dictó resolución revocando la expulsión, pero ésta ya se había ejecutado.

Por lo que se refiere a la tramitación de los expedientes matrimoniales en los que uno de los interesados es extranjero, se pone de manifiesto en el escrito remitido por V.E. que únicamente se requiere la cooperación policial para labores de verificación documental, tanto del pasaporte como de la convivencia de los futuros contrayentes, sin que la entrevista en sede policial a la que son citados responda a ninguna instrucción específica del Registro Civil. Se comunica igualmente que dichas labores de verificación se realizan para determinar si los contrayentes cumplen los requisitos exigidos por la normativa y las instrucciones dimanadas de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

El Registro Civil concluye que ordena –sin predeterminedar la mecánica al efecto- la verificación de documentación aportada por el promotor -en situación de estancia irregular en el país- y también informes sobre la convivencia para cerciorarse de la veracidad de la relación y tratar de evitar los llamados matrimonios de complacencia en que por la existencia de un vicio de consentimiento el matrimonio devendría nulo. Finalmente se indica que estas gestiones de verificación se vienen practicando desde el año 2006 como medio de ayuda para evitar fraudes documentales ante la existencia de algunos supuestos de irregularidades documentales con especial incidencia en supuestos de estancia irregular de algunos de los contrayentes.

Así pues, del contenido de su informe parece desprenderse que en aquellos supuestos en los que el contrayente extranjero se encuentra en situación de irregularidad documental, se solicita la colaboración policial.

Una vez evaluada la información recibida, procede señalar lo siguiente:

1) Pese a lo manifestado en el escrito de V.E., recientemente se ha recibido en esta Institución una nueva queja en la que, como se puede apreciar, el Registro Civil, en este caso el de Valencia, informa a los contrayentes de que deben comparecer en sede policial, lo que implica que, al menos en algún caso, es el propio Registro Civil el que dirige a los interesados a la sede policial (se remite copia del escrito del Registro Civil).

2) En la mencionada queja, como era previsible, cuando el ciudadano extranjero ha acudido a la sede policial ha sido detenido para ejecutar la expulsión que se había dictado en su contra en el año 2008.

3) De su escrito se desprende que las labores de verificación se producen con carácter general, cuando el extranjero se encuentra en situación irregular. A partir de dicha circunstancia se cuestiona la autenticidad de su pasaporte y la realidad de la convivencia. La finalidad de tales investigaciones tiene por objeto evitar, según se indica, los llamados matrimonios de complacencia.

En relación con lo expuesto hemos de manifestar que las instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado no pueden interpretarse de forma que el resultado sea coartar el derecho fundamental a contraer matrimonio, reconocido constitucionalmente en el artículo 32. Esta Institución viene apreciando que la forma de proceder de los Registros Civiles tiene precisamente el efecto de impedir que se celebre el matrimonio, dado que los funcionarios de policía tan pronto se encuentran en presencia de un ciudadano sobre el que en su día recayó una resolución de expulsión proceden a su detención para ejecutar la misma, con independencia de que el interesado haya acudido a las dependencias policiales en el marco de un expediente matrimonial.

La Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 31 de enero de 2006, sobre los matrimonios de complacencia, como no podía ser de otra manera, señala que el *ius connubi* debe siempre respetarse y que se trata de un derecho subjetivo de toda persona español o extranjero, mencionando además los textos internacionales en los que se recoge dicho derecho.

La citada Instrucción, asimismo, dedica su apartado IX a las presunciones como medio para acreditar la existencia de un “matrimonio simulado” y detalla una serie de supuestos no relevantes para inferir de los mismos, aisladamente, la existencia de un matrimonio simulado, aun cuando en concurrencia con otras circunstancias puedan coadyuvar a la formación de una convicción positiva o negativa del Encargado sobre la existencia de verdadera voluntad matrimonial. Entre los supuestos que la Instrucción enumera como no relevantes se encuentra precisamente el hecho de que el contrayente extranjero resida en España sin la documentación exigida por la legislación de extranjería. En relación con esta cuestión, la Instrucción señala de forma expresa que “De este dato no se puede inferir, automáticamente, la intención simuladora de los contrayentes en la celebración del matrimonio, como ya ha sido declarado en varias ocasiones por este centro directivo”. También se incluye entre dichos supuestos no relevantes el hecho de que los contrayentes no convivan juntos.

En todo caso, la Instrucción señala que “tanto por la presunción general de buena fe como porque el *ius nubendi* es un derecho fundamental de la persona, es necesario que el Encargado del Registro Civil alcance una ‘certeza moral plena’ de hallarse en presencia de un matrimonio simulado para acordar la denegación de la autorización del matrimonio o de su inscripción”. Igualmente señala que “el Encargado dispone de un necesario margen de apreciación para ajustar las normas jurídicas a los caracteres, circunstancias y rasgos del caso concreto, ponderando necesariamente la equidad en la aplicación de las normas jurídicas”.

Sin embargo, en los casos a los que se hace referencia en el presente escrito, el expediente matrimonial queda interrumpido bruscamente debido a que el Encargado del Registro Civil requiere, de forma automática la colaboración policial, tras constatar que el cónyuge extranjero se encuentra en situación de irregularidad administrativa, vulnerándose

el derecho de los interesados a obtener la resolución en el procedimiento iniciado ante el Encargado, autorizando la celebración del matrimonio o denegando la autorización.

Tras evaluar el presente asunto, hemos de manifestar nuestra discrepancia con la afirmación contenida en su informe sobre que el Registro Civil no es responsable en la ejecución de la expulsión de los extranjeros que acuden a dependencias policiales en el marco del expediente matrimonial. Es evidente que la investigación sobre la autenticidad del pasaporte y la averiguación de los datos de convivencia implican, en todo caso, la puesta a disposición policial del extranjero que se encuentra en situación irregular. Por un lado, la comprobación sobre la autenticidad del pasaporte requiere su entrega por parte del titular, al tratarse de un documento identificativo y, por otro, la averiguación sobre la realidad de la convivencia conlleva trasladar a los funcionarios policiales datos concretos sobre la vivienda en la que reside el extranjero en ese preciso momento.

Debe recordarse que la función del Encargado es comprobar si existe un verdadero consentimiento matrimonial. Según la Instrucción mencionada, el expediente matrimonial previo está concebido fundamentalmente como un mecanismo de control de la capacidad nupcial de los contrayentes y el instructor debe deducir de la audiencia reservada, si existe intención de formar una familia por parte de los futuros contrayentes. La interrupción del expediente previo de capacidad provocada por la expulsión de uno de los contrayentes imposibilita la realización de la audiencia reservada en España y, en consecuencia, el desarrollo de la función asignada al Encargado que ya no podrá llegar a ninguna conclusión al no celebrarse siquiera la audiencia reservada de los futuros contrayentes.

Conviene señalar, asimismo, que de la interpretación de los preceptos 317 y ss. de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no es posible deducir con carácter general que los documentos extranjeros y, en concreto, el pasaporte, carezca de fuerza probatoria. En los mencionados artículos se expresan las actuaciones a seguir cuando no sea aplicable ningún tratado o convenio internacional ni ley especial que atribuya fuerza probatoria a los documentos extranjeros. En el caso de que existan convenios habrá que estar a lo establecido en los mismos. En relación con esta cuestión y en el marco de una investigación seguida en esta Institución, se tuvo ocasión de conocer la posición de la Fiscalía sobre los documentos marroquíes. La Fiscalía manifestó que se debía dar particular verosimilitud a los documentos expedidos por las autoridades marroquíes, en aplicación del Convenio Bilateral de Cooperación Judicial en materia civil, mercantil y administrativa entre el Reino de España y el Reino de Marruecos, publicado en el BOE nº 151/1997, de 25 de junio de 1997. Igualmente, la Fiscalía señaló que la duda de que los portadores de los documentos sean los titulares reales, así como otras cuestiones relativas a elementos objetivos o actas originales del Registro Civil marroquí o cualquier otra duda debe ser planteada al Consulado marroquí.

A juicio de esta Institución, sólo en el caso de que el Encargado considere que existen indicios de falsedad o manipulación de los documentos presentados debería solicitar al titular de los mismos que acredite su autenticidad, lo que éste podría llevar a cabo mediante

la presentación de certificado consular de su país o por otro tipo de pruebas admitidas en Derecho. Igualmente, el Encargado puede plantear a los Consulados las dudas que estime pertinentes.

En definitiva, esta Institución considera que existen alternativas para evitar la interrupción brusca del expediente matrimonial con el fin de evitar graves perjuicios a los futuros contrayentes. Por lo que se refiere a la labor asignada al Encargado y con el fin de que pueda formarse la necesaria convicción sobre la capacidad matrimonial de los contrayentes, podría realizar la audiencia reservada prevista en el artículo 246 del Reglamento del Registro Civil con carácter previo a cualquier otra actuación y, en particular, a la averiguación sobre la autenticidad de los documentos, caso de que se planteara dudas.

Por todo lo anterior, esta Institución, en atención a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha estimado procedente formular a V.E. la siguiente

RECOMENDACIÓN

Que se impartan las instrucciones que procedan a los Encargados de los Registros Civiles para evitar que, de manera sistemática, se considere la situación documental irregular de unos de los contrayentes, indicio suficiente para solicitar informe a la policía, que implique que el extranjero haya de personarse en dependencias policiales.

Madrid, 15 de Marzo de 2012

Recomendación formulada a la Secretaría de Estado de Justicia.

Recomendación 154/2012, de 4 de diciembre, para que se dicten instrucciones con el fin de que los actos de ejecución de la resolución de expulsión a la que se refiere el artículo 57.2 de la Ley de extranjería se realicen tras la notificación a la persona legitimada, y para que ésta disponga del tiempo suficiente para recurrir y acogerse a la petición de suspensión cautelar en sede contenciosa, cuando concurran circunstancias de urgencia.

Se acusa recibo de su escrito en el que se da respuesta al informe ampliatorio solicitado por el Defensor del Pueblo en la queja planteada por Don (...) en representación de don (...) y registrada con el número arriba indicado.

A la vista del contenido del mismo se ha de señalar que esta Institución ha venido recibiendo quejas similares a la planteada, en las que algunos extranjeros que cumplen condena por una conducta dolosa que constituye en nuestro país delito sancionado con una pena privativa de libertad superior a un año, son detenidos tras su excarcelación e interceptados por la Brigada Provincial de Extranjería.

El motivo de su identificación y posterior detención se produce por su situación irregular en España, así como por tener decretada la expulsión por diez años; momento en que se les notifica la orden de expulsión, al amparo de lo dispuesto en los artículos 53.1 a) y 57.2 de la vigente normativa de extranjería y, al tiempo, se les traslada al Aeropuerto para dar cumplimiento a dicho decreto de expulsión, ya que, para estos supuestos, tienen orden de salida inmediata, con escolta policial.

En el caso planteado, según consta en el segundo comunicado remitido por la Administración, el interesado fue detenido a las 12,20 horas del día 26 de mayo de 2011, le fue notificado el decreto de expulsión (dictado por la Delegación de Gobierno de Madrid el 28 de marzo de 2011) a las 12,50 horas de ese mismo día y fue trasladado a continuación al aeropuerto de Madrid- Barajas, desde donde tenía prevista su expulsión ese mismo día 26 en el vuelo IB-3746 con destino a Lagos (Nigeria) y salida a las 15,40 horas del referido día, escoltado por los funcionarios policiales adscritos a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras.

Por tanto, el objeto de esta queja es el de examinar la actuación de la Administración respecto a la urgencia de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en trasladar al extranjero al aeropuerto para su repatriación en el mismo momento en el que se le notifica la orden de expulsión.

En este contexto, se trata de valorar si la ejecución de la resolución de expulsión de manera simultánea a la notificación, puede crear serias dificultades para que la persona afectada o su representante legal interpongan un recurso efectivo ante una instancia nacional que permita la adopción de una medida cautelar de suspensión. De afirmarse esta situación de perjuicio, estos hechos pueden vulnerar, entre otros, el artículo 13 del Convenio

Europeo de Derechos Humanos, el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el derecho de defensa y de tutela judicial efectiva que reconoce el artículo 24 de nuestra Constitución.

Esta Institución debe precisar, en primer lugar, que la expulsión de un extranjero por una autoridad, en virtud de un acto administrativo, constituye una actuación limitativa de la libertad de una persona y por el carácter forzoso de esta medida, refleja una identidad sustancial con la medida de compulsión sobre las personas a las que se refiere el artículo 96.1 D, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC).

Sin embargo, si bien las medidas de ejecución forzosa deben utilizarse cuando el contenido del acto haya sido incumplido y después del previo apercibimiento del obligado (art. 95 LRJPAC), el ejercicio de la compulsión sobre las personas que conlleva la expulsión del territorio (art. 63.7 Ley de extranjería), es una medida directa, sin apercibimiento y sin que el interesado haya tenido, ni siquiera, la oportunidad de haber incumplido el acto administrativo en causa.

Esta ostensible diferencia, cuando se trata de proteger los derechos fundamentales de los extranjeros (derecho a la libertad y seguridad, integridad física y moral, igualdad, tutela judicial efectiva, etc.), acentúa la necesidad de que éstos dispongan de medios eficaces de respuesta frente a la inminencia de su expulsión, asegurando al máximo que la tutela judicial implícita en el artículo 57.9 de la Ley de extranjería, no sea ilusoria y sí efectiva, pues corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, así como remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (art. 9.2 de la Constitución).

En este contexto legal, podría apreciarse que la actuación administrativa que se discute, se habría llevado a cabo con todo rigor, en cuanto que el artículo 63.7 de la Ley Orgánica 4/2000, en la línea con el artículo 236.2 del Real Decreto 557/2011, prevé que la ejecución de la orden de expulsión en los supuestos previstos en dicho artículo se efectuará de forma inmediata una vez notificada al interesado.

Sin embargo, sin que se ponga en cuestión la validez de este apoderamiento normativo, debe indicarse que la autoridad policial, al no haber facilitado o permitido que la persona afectada pudiera acudir a una instancia judicial al objeto de obtener una medida cautelar, ha preferenciado la “inmediatez de la expulsión” (art. 63.7 LO 4/2000 y art. 236.2 RD 557/2011) en detrimento del “derecho del recurso por los legitimados” (art. 57.9 LO 4/2000 y art. 236.3 RD 557/2011), y por lo tanto, no ha resuelto con acierto la antinomia de dos imperativos legales que se contraponen y que, por ello, deben ponderarse en su aplicación, en la medida en que pueda conjugarse el interés público que acompaña a una ejecución administrativa, con el respeto a los derechos fundamentales de los extranjeros.

En la búsqueda de este equilibrio, esta Institución considera que el término empleado “forma inmediata” al que alude la norma y que opera en nuestro acervo doctrinal como un concepto jurídico indeterminado, no debe concebirse en su aplicación singular, como una acción tan “inmediata” que impida el aseguramiento de las garantías de los ciudadanos a la tutela judicial efectiva a las que, en su contexto, alude el artículo 21.1 de la Ley de Extranjería, así como el párrafo 3 del citado artículo 236, RD 557/2011.

Dicho de otra manera, la locución “forma inmediata” debería modularse en su aplicación dado que, aunque la expulsión tiene que realizarse con prontitud en atención a la propia exégesis y naturaleza de un procedimiento preferente y sumario, lo anterior no debe privar al interesado de interponer el recurso contencioso-administrativo, así como de solicitar las medidas de garantía que aluden a la petición de suspensión cautelar en sede contenciosa, para los supuestos en que concurran las circunstancias de especial urgencia (art. 135 Ley 29/1998 de la jurisdicción contenciosa).

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 199/1998, de 13 de octubre, declara que: “(...) por imperativo del artículo 24.1 de la CE, la prestación de la tutela judicial ha de ser efectiva y ello obliga a que, cuando el órgano judicial competente se pronuncie sobre la ejecutividad o suspensión a él sometida, su decisión pueda llevarla a cabo, lo que impide que otros órganos del Estado, sean administrativos o sean de otro orden jurisdiccional distinto, resuelvan previamente sobre tal pretensión, interfiriéndose de esa manera en el proceso judicial de que conoce el Tribunal competente y convirtiendo así en ilusoria e ineficaz la tutela que pudiera dispensar éste. Hasta que no se tome la decisión al respecto por el Tribunal competente, el acto no puede ser ejecutado por la Administración, porque en tal hipótesis ésta se habría convertido en Juez (STC 78/1996), pero tampoco cabe la ejecución por otro órgano judicial distinto porque esta eventualidad impediría que aquel Tribunal, el competente, pudiera, conceder eficazmente la tutela tal y como le impone el derecho fundamental (STC 76/1992)”.

Por último y siguiendo esta línea jurisprudencial, el Auto del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2000, afirma que el derecho a la tutela judicial efectiva y el principio de ejecutividad del acto administrativo, “se concilian cuando se hace posible que la ejecutividad del acto administrativo pueda ser sometido a un Tribunal para que adopte la medida pertinente sobre su suspensión, especificando, además, que mientras se toma la decisión judicial sobre la suspensión cautelar, ésta no debe verse impedida por la ejecución del acto”.

A la vista de las argumentaciones expresadas y en consonancia con la jurisprudencia mencionada, el Defensor del Pueblo considera que la aplicación de las medidas de ejecución del acto administrativo de expulsión en los términos cuestionados, no resulta compatible con el artículo 24 de la Constitución, dado que la inmediata repatriación de los extranjeros en el momento en que se les notifica la correspondiente resolución administrativa, les

sustraer el derecho a utilizar los recursos pertinentes que permitan el ejercicio efectivo de la tutela cautelar en el orden jurisdiccional.

Una segunda cuestión que merece el análisis de esta Institución se refiere a la ejecución misma del acto por el que se acuerda la orden de expulsión, así como a los actos de ejecución subsidiarios o complementarios que hacen posible su efectividad.

En efecto, el cumplimiento viene determinado por la expulsión o repatriación de la persona afectada, así como por los actos necesarios para su completa ejecución; por lo que, conscientes del escaso tiempo que media entre la notificación al interesado y su conducción a un aeropuerto, no puede ignorarse que la autoridad policial, antes de notificar la orden de expulsión al interesado, ya ha realizado actos previos de ejecución consistentes en la reserva o compra nominativa del billete de avión del extranjero, así como otras actividades tendentes a asegurar el cumplimiento de la resolución.

El Defensor del Pueblo considera al respecto que ninguna actuación debe realizarse sin conocimiento del interesado y menos, la práctica de estos actos de ejecución que, sin haber sido notificados, podrían encubrir la vulneración de derechos fundamentales, dado que no se trata de una cuestión formalista o de oportunidad, sino de respetar lo que dispone el artículo 138 de la Ley 30/1992, que dice que la resolución sancionadora será ejecutiva cuando ponga fin a la vía administrativa. (Vid STC 22/1984 F.J 4º, en relación con STS de 14 de junio de 1986).

En este marco, si bien el artículo 57.1 de dicha ley afirma que los actos de las administraciones públicas sujetos al Derecho Administrativo se presumirán válidos y producirán efectos desde la fecha en que se dicten, lo cierto es que la eficacia de los mismos está supeditada a la notificación que se contempla en artículo 58 LPC. En este sentido como señaló el Tribunal Supremo, en sentencia de 30 de abril de 1998, Sala Tercera Sección 4ª “lo importante y trascendente de toda notificación es que llegue a conocimiento del interesado la actuación de la Administración y ello en condiciones tales que le permita conocer el contenido de la diligencia a fin de que pueda utilizar los medios de defensa oportunos.”

En definitiva, el Defensor del Pueblo considera que la realización sin conocimiento del interesado, de actos de ejecución subordinados al acto principal que todavía no ha sido notificado, resulta contraria al procedimiento debido, desnaturaliza el régimen de los actos administrativos ejecutables y, como consecuencia de ser desconocidos por la persona que ostenta un interés legítimo, puede constituir causa de nulidad o anulabilidad por incurrir en algún vicio o infracción del ordenamiento jurídico (art. 62 y 63 LRJPAC).

Por todo lo anterior, esta Institución, en atención a lo establecido en los artículos 28.2 y 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha estimado procedente formular a esa Secretaría de Estado la siguiente

RECOMENDACIÓN

Dictar las instrucciones oportunas para que los actos de ejecución de la resolución de expulsión a la que se refiere el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, sean realizados en tiempo y forma, después de que la persona legitimada hubiera tenido conocimiento a través de la preceptiva notificación.

Igualmente se recomienda que entre la notificación y la inminente expulsión, medie el tiempo suficiente para que el interesado a través de su representante legal, pueda ejercitar el derecho al recurso y acogerse a las medidas de garantía que aluden a la petición de suspensión cautelar en sede contenciosa, para los supuestos en que concurran circunstancias de especial urgencia.

Madrid, 4 de Diciembre de 2012

Recomendación formulada a la Secretaría de Estado de Seguridad.

Recomendación 190/2013, de 15 de Noviembre, para que los órganos policiales contacten de manera habitual con el ACNUR a fin de conocer la situación de los países a los que se va a repatriar a ciudadanos extranjeros y valorar si existe riesgo para éstos, dejando constancia de la valoración en el expediente.

Se ha recibido la información solicitada a esa Comisaría General que refleja las actuaciones realizadas en el caso de la señora (...), nacional congoleña.

En el escrito remitido se comunica, entre otras cosas, que esa Comisaría General no recibe directamente alertas del Alto Comisionado de Naciones Unidas (en adelante ACNUR) sobre la situación existente en países determinados que desaconsejen la expulsión, devolución o retorno de sus nacionales, aunque sí son tenidas en cuenta las provenientes de otras organizaciones u organismos.

Con relación a esta cuestión, procede manifestar lo siguiente:

El ACNUR cumple una relevante función en la tramitación de los expedientes de protección internacional. Dicha función, según la legislación española, consiste en emitir informe favorable o desfavorable a la concesión de la protección y en el caso de que proceda, proponer que se facilite a la persona otro tipo de protección de las establecidas por la normativa. Para la emisión de dicho informe debe contar con información actualizada del país de origen del demandante de protección internacional. La consulta sobre la situación del país se erige como una herramienta imprescindible para la realización de la función que tiene encomendada. En el informe que el ACNUR emitió en el expediente de protección internacional de la Sra. (...), indicaba respecto al país de nacionalidad de ésta:

“Por otra parte, esta Delegación quisiera hacer referencia a la información sobre el país de origen. En este sentido, la situación de derechos humanos en R.D. Congo es muy precaria y, más concretamente, en relación a las mujeres y a la violencia de género que sufren haciendo de este colectivo unos de los grupos más vulnerables y de mayor riesgo, sin que su integridad y sus derechos más fundamentales sean protegidos por las autoridades.

La información sobre el país de origen viene a señalar el grado de violencia sexual que se ejerce contra las mujeres en la zona de los Kivus en R.D. Congo, así como la situación de discriminación y violencia que se extiende al resto del país. Además y en relación a las situaciones de trata, todos los informes consultados señalan que las autoridades congoleñas no cumplen con los estándares mínimos de eliminación y lucha contra este delito, no habiendo realizado ningún esfuerzo a la hora de identificar a posibles víctimas de trata y garantizar la protección de las mismas”.

Concluía dicho informe que, teniendo en cuenta la complejidad a la hora de abordar estos casos, la inadecuación de las instalaciones en las que se realiza la entrevista a la interesada, el breve espacio de tiempo, las alegaciones de la Sra. (...) respecto a la violencia física y sexual y otras circunstancias concurrentes, debía admitirse a trámite la demanda de

protección internacional. La admisión, a juicio del ACNUR, permitiría valorar el caso en profundidad y dicha valoración debía incluir el riesgo de retorno a su país de origen y al de tránsito.

Precisamente, en noviembre de 2012, el ACNUR había elaborado un informe denominado “Posición del ACNUR sobre el retorno a Kivu Norte, Kivu Sur y las áreas adyacentes en la República Democrática del Congo afectadas por los actuales conflictos y violencia en la región”, en el que se indica de manera expresa que los informes indican que las violaciones masivas y otras formas de violencia sexual continúan siendo cometidas por las partes en conflicto, incluso durante los ataques a las aldeas, con frecuencia en represalia por una alegada colaboración de las víctimas con grupos armados o con el ejército nacional.

También señalaba que probablemente muchas de las personas que huían de la República del Congo podrían cumplir los criterios de la Convención de 1951 referente a la condición de refugiado y que, dependiendo del perfil del caso individual, podría ser necesario examinar las consideraciones de la exclusión. Indicaba, además, que la prohibición del retorno forzado servía como un estándar mínimo y debía permanecer vigente hasta el momento en que la situación de seguridad y de derechos humanos en las zonas afectadas hubiera mejorado lo suficiente para permitir un retorno seguro y digno de quienes se determinara que no necesitaban protección internacional. El ACNUR no consideraba apropiado que los Estados devolvieran a las personas procedentes de las zonas afectadas a otras partes de la R.D. Congo, a menos que tuvieran fuertes y estrechos vínculos en ese otro lugar. Toda propuesta de retorno debía ser evaluada cuidadosamente, teniendo en cuenta las circunstancias individuales de cada caso.

Por su parte, el informe de Amnistía Internacional del año 2012, en su apartado sobre la República del Congo señala que “la violación y otras formas de violencia sexual seguían siendo endémicas y eran cometidas por las fuerzas de seguridad gubernamentales, incluida la policía nacional y grupos armados”. Añade el informe: “Las personas sobrevivientes de violación no recibían apoyo y asistencia adecuados y seguían siendo estigmatizadas”.

El Informe del Departamento de Estado de EE.UU. del año 2012 (Democratic Republic of the Congo 2012 Human Rights Report), señala, asimismo, que aunque la violación se considera delito, el gobierno no pudo hacer cumplir la ley y era generalizada en todo el país. Además el informe cita incidentes concretos y hace alusión a dichas violaciones y a la indefensión de los civiles.

A pesar de los informes mencionados y las declaraciones de la interesada en las diferentes entrevistas que realizó, no consta que se valorara el riesgo de su retorno. La Oficina de Asilo y Refugio denegó la solicitud de protección internacional y el reexamen, con oposición del ACNUR y, tras activarse el Protocolo Marco de Trata los funcionarios de la UCRIF, informaron desfavorablemente a la concesión del período de restablecimiento y reflexión y de autorización de estancia, por estimar que no existían indicios de trata de

seres humanos. En el informe realizado tras la entrevista, los propios funcionarios de la UCRIF se refieren a la situación de conflicto del país de la Sra. Kabeya y a la posibilidad de que hubiera sido objeto de abusos sexuales por parte de miembros del ejército de su país. El informe que contiene la propuesta de no concesión del período de restablecimiento y reflexión señalaba, “Una vez realizada la correspondiente entrevista, y una vez analizada la misma por la instrucción se puede deducir que si bien la misma pudiera haber sido víctima de lesiones, abusos sexuales en República Democrática del Congo, país que en la actualidad se encuentra en guerra, que la misma ha sido perpetrada por soldados del país de origen que no posee ningún tipo de vinculación con la mujer, desconociendo por parte de este grupo operativo como se encuentran dichos delitos articulados en el código penal de dicho país ...”

A juicio de esta Institución, la intervención de la Administración española no fue correcta al tomar en consideración las circunstancias de la interesada de manera aislada y su retorno se llevó a cabo sin valorar el riesgo que conllevaba teniendo en cuenta además que pertenecía a un grupo de riesgo, dada su condición de mujer y la situación de violación de derechos humanos contra este grupo.

La valoración del riesgo de las personas repatriadas a los países de origen ha sido tratada por el Tribunal Supremo en distintas sentencias. Precisamente en la de 22 de junio de 2012, al analizar el recurso formulado por un ciudadano de Costa de Marfil al que se denegó el asilo y se le concedió una autorización por razones humanitarias, se alude expresamente a los informes generales del ACNUR, sobre la situación en Costa de Marfil en los que solicita firmemente que se dejen sin efecto las devoluciones al país de origen de los solicitantes de asilo procedentes de dicho país cuyas peticiones hayan sido denegadas “durante el tiempo necesario para que la seguridad y la situación de los derechos humanos en el país se establezca lo suficiente como para permitir un retorno seguro”. Continúa el Tribunal señalando que “(...) Tomando en consideración este informe, emitido, no se olvide, por un organismo como el ACNUR, cuya objetividad, rigor y, en definitiva, *auctoritas* ha sido resaltada por la jurisprudencia consolidada, carece de todo fundamento la alegación del Abogado del Estado de que no se ha acreditado una situación de riesgo en el país de origen del recurrente en la instancia (...)”.

El órgano judicial defiende en dicha sentencia las diferencias entre la concesión del asilo y la autorización de permanencia por razones humanitarias señalando que el espíritu y la finalidad de la protección humanitaria contemplada por la normativa es “proporcionar al solicitante de asilo un mecanismo de protección y salvaguarda frente al peligro que para su persona pudiera suponer su regreso al país de origen por causa de la situación general de conflicto o desprotección de los derechos humanos en el mismo. Desde esta perspectiva, ese espíritu y finalidad de la Ley se vería frustrado e incluso transgredido si, so pretexto de que la situación del país al tiempo de la solicitud era aceptable, se ignorara o dejara de lado el dato debidamente acreditado de que esa situación ha evolucionado a peor con

posterioridad, hasta el punto desaconsejar el retorno en el momento preciso en el que se resuelve el recurso jurisdiccional promovido frente a la resolución administrativa denegatoria...” Si se prescinde de la situación real del país al tiempo de resolver el recurso el sistema de la normativa de protección internacional se reduciría a una mera apariencia formal ajena a la realidad.

Razona el Tribunal que por dicha causa, la Directiva 2005/85/CE, insiste en la necesidad de que la información sobre el país de origen sea una información actualizada y establece en su artículo 8 que los Estados de la Unión deberán garantizar “que se obtenga información precisa y actualizada de diversas fuentes, por ejemplo, información del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), respecto a la situación general imperante en los países de origen de los solicitantes”. Hay que añadir en este punto que la Directiva 2013/32/UE, de 26 de junio, que entrará en vigor el 21 de julio de 2015 y deroga la anteriormente citada, establece la necesidad de que se obtenga información precisa y actualizada de diversas fuentes y, entre ellas, la de la EASO y el ACNUR y organizaciones internacionales de defensa de los derechos humanos, respecto a la situación general imperante en los países de origen de los solicitantes y, si fuera necesario, en aquellos países por los que hayan transitado, y que esta información se ponga a disposición del personal responsable de examinar las solicitudes y de tomar decisiones al respecto (artículo 10, apartado b).

En esta misma sentencia, el Tribunal Supremo cita también la STJUE de 2 de marzo de 2010, sobre el cambio de circunstancias en el país de origen y estima que las consideraciones de dicha sentencia son extensibles a la protección humanitaria, admitiendo la posibilidad de que se tomen en consideración circunstancias sobrevenidas para mantener la protección internacional concedida.

Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) viene estimando que la prohibición de malos tratos enunciada en el artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos: “Nadie podrá ser sometido a la tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes” ofrece una protección absoluta, lo que implica una obligación para los Estados firmantes del Convenio de no extraditar, expulsar o retornar a los extranjeros cuando éstos puedan correr peligro de sufrir torturas o recibir tratos inhumanos o degradantes. Aunque el Tribunal exige que el peligro sea real y aplicable al interesado, sostiene que excepcionalmente, en casos en los cuales la persona pertenece a un grupo que ha sido sistemáticamente expuesto a la práctica de maltrato, el ámbito de protección del artículo 3 del Convenio es aplicable, si se demuestran ambas circunstancias.

Todo lo anterior permite concluir que, antes de proceder a la repatriación de extranjeros procedentes de zonas en conflicto resulta obligado que la Administración española conozca la situación actualizada del país de origen y valore el riesgo que representa para la persona el traslado al país de que se trate, actuación que, como se ha dicho, no consta se llevara a cabo en el caso aquí tratado.

Por lo expuesto y en atención a lo establecido en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de esta Institución, se ha estimado procedente formular la siguiente

RECOMENDACIÓN:

Adoptar las medidas oportunas para facilitar la comunicación con el ACNUR, a fin de conocer la situación actualizada de los países de procedencia de los extranjeros y valorar el riesgo de su expulsión o retorno, dejando constancia de tal valoración en el expediente.

Madrid, 15 de Noviembre de 2013

Recomendación formulada a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras.

Recomendación 235/2014, de 2 de septiembre, para impartir instrucciones a las distintas comisarías para que no se incoe expediente sancionador a las personas a las que se haya denegado la tarjeta comunitaria por incumplimiento del artículo 7 del Real Decreto 240/2007, a excepción de los supuestos en los que proceda dicha incoación, en virtud de las previsiones establecidas por el citado real decreto y siguiendo el procedimiento que este dispone.

Se acusa recibo de su escrito sobre el asunto arriba indicado, en el que se comunica que a la señora (...) le fue incoado expediente sancionador por estancia irregular, al amparo del artículo 53.1a de la Ley de extranjería, y tras efectuarse propuesta de expulsión finalmente se impuso la sanción de multa por un importe de 501 euros.

Según se indica, en los registros policiales constaba que a la interesada se le había denegado la solicitud de residencia de familiar comunitario en octubre de 2012, por la Subdelegación del Gobierno en Valencia. Se añade que en la notificación de dicha denegación se advertía a la interesada de su obligación de abandonar territorio español y de que, en caso contrario, podría incoarse en su contra procedimiento sancionador por encontrarse irregularmente en territorio español.

Con relación a lo manifestado en el escrito, cabe señalar lo siguiente:

1.- Doña (...), es cónyuge de don (...), ciudadano español, estando inscrito dicho matrimonio en el Registro Civil español (se remite copia), por lo que resulta de aplicación la normativa establecida por 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.

2.- Tras la revisión de la documentación remitida por V. I. se ha podido comprobar que durante la instrucción del expediente se tuvo conocimiento del vínculo familiar de la interesada con el ciudadano español, pese a lo cual se continuó la tramitación del expediente hasta su finalización con la imposición de la sanción pecuniaria.

3.- El Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, antes citado, regula los supuestos en los que es posible la expulsión de los ciudadanos de países de la Unión Europea y sus familiares, y ninguno de ellos concurre en el presente caso. La mencionada norma no prevé la posibilidad de imponer sanciones pecuniarias si se produce la denegación de una autorización de residencia de familiar de ciudadano de la Unión Europea, por la sencilla razón de que no considera que los familiares de estos a los que resulta aplicable el mencionado real decreto se encuentren en situación de irregularidad. Por otro lado, la aplicación subsidiaria de la Ley 4/2000, en lo que se refiere a normas sustantivas, únicamente se prevé en aquellos casos en los que sus preceptos resulten más favorables y únicamente en materia procedimental se aplica de manera supletoria en lo no previsto por el Real Decreto 240/2007.

En materia sancionadora se impone el respeto de los principios de legalidad y tipicidad, lo que impide a la administración imponer sanciones no previstas de manera expresa por la norma de que se trate.

Hay que señalar que el repetido real decreto prevé únicamente dos sanciones: la presentación de la solicitud de tarjeta de residencia una vez caducada la misma y el incumplimiento de la obligación de solicitar la tarjeta de residencia o el certificado de registro que conlleva, según la norma, la aplicación de las sanciones pecuniarias que «en idénticos términos y para supuestos similares, se establezca para los ciudadanos españoles en relación con el Documento Nacional de Identidad» (artículos 11 y 15 del RD 240/2007).

Por tanto, resulta claro que la situación de «irregularidad», derivada de la falta de recursos económicos de los ciudadanos beneficiarios del Real Decreto 240/2007, no tiene las mismas consecuencias que las previstas por la Ley 4/2000, que sí vincula dicha situación la incoación de un procedimiento sancionador, cuyo resultado puede ser multa o expulsión en función de las circunstancias concurrentes.

Por lo expuesto, se estima que no es correcta la incoación de expedientes sancionadores al amparo de la Ley 4/2000, de 11 de enero, en aquellos supuestos en los que la Administración ha denegado la tarjeta de residencia de familiar de la Unión Europea, por incumplimiento de los requisitos del artículo 7 del Real Decreto 240/2007.

Sobre las exigencias que impone el citado artículo 7 a los ciudadanos españoles, esta institución ha expresado ya su posición a través de la recomendación dirigida a la ministra de Empleo y Seguridad Social, a fin de que se eliminen, de los requisitos para la obtención de la tarjeta de residencia de familiar de ciudadano de la Unión, la exigencia de recursos económicos suficientes y de seguro de enfermedad a los cónyuges, nacionales de terceros Estados, de ciudadanos españoles, residentes en España, cuyo matrimonio civil se encuentre inscrito en el Registro Civil español.

Por lo expuesto, esta institución considera que la actuación de la Subdelegación del Gobierno en Girona no se ajusta a Derecho y ha estimado procedente remitir a dicho órgano una sugerencia, con el fin de que inicie una actuación de oficio para retrotraer las actuaciones seguidas en el procedimiento sancionador iniciado contra la señora (...) y se archive el expediente, con devolución de la cantidad fijada como sanción si hubiera sido abonada.

Además, considerando que la situación a la que alude la presente queja es susceptible de repetirse en otros casos, se ha estimado procedente formular a V. I. la siguiente

RECOMENDACIÓN

Impartir instrucciones a las distintas comisarías para que no se incoe expediente sancionador a las personas que hayan visto denegada la tarjeta comunitaria por incumplimiento del artículo 7 del Real Decreto 240/2007, a excepción de los supuestos en los que proceda dicha incoación, en virtud de las previsiones establecidas por el citado Real Decreto y siguiendo el procedimiento que este dispone.

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de ese organismo.

Madrid, 2 de Septiembre de 2014

Recomendación dirigida a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, Ministerio del Interior.

Recomendación 255/2014, de 15 de octubre, sobre la asistencia letrada de los extranjeros detenidos en los procedimientos de ejecución.

Se acusa recibo de su escrito sobre el asunto arriba indicado, referido a la falta de asistencia letrada de los extranjeros detenidos en los procedimientos de ejecución de las órdenes de expulsión del territorio nacional.

Tras el análisis del mismo, se comprueba que esa Comisaría General no considera preceptiva la asistencia letrada en los casos de extranjeros detenidos en un procedimiento de ejecución de una resolución de expulsión notificada con anterioridad.

El Defensor del Pueblo comparte el criterio expuesto por ese organismo respecto a que dicha asistencia letrada no está legalmente prevista de manera específica. Sin embargo, tras el estudio de las quejas recibidas con relación a este asunto, se comprueba que existe un número significativo de casos en los que las circunstancias de la persona afectada, en el momento de la ejecución de la resolución, son bien distintas de las que llevaron a dictar una resolución de expulsión en su momento. Este cambio de circunstancias (nacimiento de hijos, relación de pareja con ciudadano español, etc.) debería ser tenido en cuenta, a fin establecer unas garantías que permitan la tutela judicial efectiva de estos ciudadanos en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos para evitar que pueda producirse indefensión.

El Tribunal Constitucional, para los supuestos de asistencia letrada, en consonancia con la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencias del 9 de octubre de 1979 (caso Airey) y de 25 de abril de 1983 (caso Pakeili), ha señalado: «Desde la perspectiva constitucional, la denegación de la asistencia letrada no conlleva sin más una vulneración del artículo 24.2. Para que esto suceda es necesario que la falta del Letrado de oficio solicitado, en atención a las circunstancias concurrentes en el caso, haya producido al solicitante una real y efectiva situación de indefensión material, en el sentido de que la autodefensa se haya revelado insuficiente y perjudicial para el litigante impidiéndole articular una defensa adecuada de sus derechos e intereses legítimos en el proceso, es decir, que se haya producido un menoscabo real y efectivo de su derecho de defensa».

Las quejas recibidas se refieren fundamentalmente a dos supuestos:

1º. Una vez notificada en tiempo y forma al letrado representante la resolución por la que se acuerda la orden de expulsión; éste acude a la vía jurisdiccional donde se desestima la petición de medidas cautelares. En estos supuestos, la ejecución de la expulsión sin asistencia letrada no parece que afecte al derecho a la tutela judicial efectiva, dado que, por la propia eficacia administrativa, la repatriación debe practicarse de forma inmediata en los procedimientos preferentes, según dispone el artículo 63.7 de la Ley Orgánica de extranjería.

2º. La resolución de expulsión no se notifica al letrado, creyendo válidamente que basta con hacerlo al propio interesado, y se ejecuta la expulsión de forma inmediata. Es en estos supuestos en los que se puede producir indefensión ya que la falta de asistencia letrada en ese acto va a impedir al letrado solicitar una medida cautelarísima ante el juzgado competente o bien se impide que el letrado alegue ante la Delegación o Subdelegación del Gobierno que dictó en su día la resolución, las nuevas circunstancias personales del interesado que podrían llevar a la revocación de la resolución dictada en su día.

Las situaciones descritas en el punto segundo, al no atender a las circunstancias concurrentes del caso, generan una real y efectiva situación de indefensión material, en el sentido de que la autodefensa se revela insuficiente y perjudicial para el ciudadano extranjero impidiéndole articular una defensa adecuada de sus derechos e intereses legítimos en dicha fase de ejecución.

En atención a lo establecido en el artículo 30.1 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de esta institución, se ha estimado procedente formular la siguiente

RECOMENDACIÓN

Revisar los protocolos de actuación relacionados con el derecho de asistencia letrada en sede policial de los ciudadanos extranjeros detenidos con el fin de materializar la ejecución de una orden de expulsión, facilitando dicha asistencia cuando así se solicite y resulte necesario como expresión del derecho de tutela judicial efectiva contenido en el artículo 24.2 de la Constitución.

En la seguridad de que esta recomendación será objeto de atención por parte de esa Comisaría General.

Madrid, 15 de Octubre de 2014

Recomendación formulada a la Comisaría General de Extranjería y Fronteras, Ministerio del Interior.

ANEXO III
RECOMENDACIONES DEL DEFENSOR DEL PUEBLO EN
RELACIÓN CON LA DETENCIÓN DE PERSONAS
EXTRANJERAS

Recomendación 16/2012, de 31 de enero, para que se modifique la Circular 1/2010, de 25 de enero, a fin de que sean correctamente interpretados los supuestos de “detención cautelar” y traslado a comisaría de ciudadanos extranjeros identificados, a fin de que cese la práctica detectada consistente en la detención y posterior traslado a dependencias policiales donde se les incoa un expediente sancionador por estancia irregular.

Se acusa recibo a su atento escrito en el que nos contesta a la queja planteada por numerosos ciudadanos de origen extranjero que habían sido detenidos como consecuencia de controles de identificación, y registrada con el número arriba indicado.

En dicho escrito se reitera que el traslado a comisaría de un ciudadano extranjero, debidamente identificado, pero en situación irregular en España, encuentra amparo legal en los artículos 61.1.d), 62, 63 y 63.bis de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEx) y en los artículos 11 y 20 de la Ley Orgánica 1/1992 sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (LOPSC). Además continúa señalando que, por un lado, es obligación de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, artículo 11.1a) de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo (LOFCS) “proteger el libre ejercicio de los derechos y deberes y garantizar la seguridad ciudadana mediante el desempeño de las siguientes funciones: a) Velar por el cumplimiento de las leyes y disposiciones generales ...”. Y que, por otro lado, el artículo 12 de la LOFCS atribuye al Cuerpo Nacional de Policía “las funciones previstas en la legislación de extranjería, refugio, asilo, extradición, expulsión, emigración e inmigración”; obligación que de no llevarse a cabo podría ser objeto de responsabilidad disciplinaria por dejación de facultades o deberes de conformidad con el régimen sancionador de las infracciones recogidas en el Título III de la LOEx. Por todo lo anterior, ese organismo considera que la conducción del extranjero a comisaría, aun llevando consigo la oportuna identificación, es “una interpretación integradora del Ordenamiento jurídico basada principalmente en los textos y preceptos citados”.

Por último, añade que los controles de identificación rutinarios en determinados lugares públicos de Madrid no están vinculados a la aplicación de la Ley de extranjería, ni a la Circular 1/2010, de 25 de enero, tratándose de controles realizados en lugares de gran afluencia de público en los cuales las Fuerzas de Seguridad realizan “labores preventivas que afectan tanto a ciudadanos extranjeros como españoles”.

Tomando en cuenta estos antecedentes, el Defensor del Pueblo ha considerado necesario realizar las siguientes consideraciones:

Tras el análisis de la regulación legal realizado en la LOEx, en la LOPSC y en la Ley de Enjuiciamiento Criminal no se puede compartir que exista una habilitación legal para practicar “una detención preventiva” de un ciudadano extranjero debidamente identificado y trasladarlo a la comisaría a fin de iniciar un procedimiento sancionador de expulsión del territorio nacional por infracción de la Ley de extranjería. El artículo 17.1 de la Constitución

Española señala 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”. El citado precepto protege a todas las personas que estén en territorio español, con independencia de su nacionalidad y de si su estancia en dicho territorio es regular o irregular. En ese sentido, la STC 53/2002, de 27 de febrero, en relación con los extranjeros solicitantes de asilo, ya estableció que gozan de los derechos fundamentales derivados de la dignidad de la persona que la Constitución reconoce a todas las personas sometidas a los actos de los poderes públicos españoles, concluyendo de ello que los extranjeros, con independencia de su situación administrativa, disfrutan del derecho a la libertad que el art. 17.1 CE reconoce a todas las personas (FJ 4). Asimismo, la STC 341/1993, de 18 de noviembre, afirma que “la medida de identificación en dependencias policiales prevista en el art. 20.2 de la LOPSC supone (...) una situación que va más allá de una mera inmovilización de la persona, instrumental de prevención o de indagación, y por ello ha de ser considerada como una modalidad de privación de libertad” (F.J.4).

Asimismo, en su escrito de 3 de noviembre de 2011, señala que el traslado de ciudadanos identificados en situación irregular está justificado por las “indagaciones y procedimientos pertinentes”, en concreto cabe citar: “las actuaciones previas a la iniciación del procedimiento (art. 218), las medidas de carácter provisional que se hayan acordado por el órgano competente para iniciar el procedimiento sancionador, sin perjuicio de las que se puedan adoptar durante éste (art. 227.1 f, iniciación de procedimiento ordinario) y la tramitación del procedimiento preferente en supuestos de infracciones previstas en la letra a) del artículo 53.1 de la LOEx”. En este sentido resulta preciso recordar que las actuaciones previas previstas en el artículo 218 del Reglamento de extranjería habrán que ser interpretadas y aplicadas de conformidad con los criterios de razonabilidad, idoneidad y adecuación a la limitación de un derecho fundamental como es el recogido en el artículo 17 de la CE.

El principio de proporcionalidad, como ha establecido el Tribunal Constitucional, sirve para decidir si la restricción al derecho fundamental está justificada y esto se realiza aplicando tres criterios: (1) la idoneidad de la medida restrictiva para la consecución del fin perseguido; (2) la necesidad de esta medida, es decir, la inexistencia de medidas menos drásticas; y (3) la proporcionalidad en sentido estricto que exige que el fin perseguido justifique por su valor la restricción del derecho fundamental. Pues bien, este tipo de privación de libertad, denominada en su escrito “detención cautelar”, no reúne el requisito de la necesidad ni proporcionalidad puesto que se está privando de libertad a un ciudadano por no acreditar el requisito de su estancia legal en España. La única actuación policial posible conforme a ley sería, como se haría ante cualquier otra infracción administrativa, formular un boletín de denuncia con los datos identificativos del ciudadano extranjero y remitirlo a la autoridad administrativa competente para, en su caso, la incoación del procedimiento sancionador. Sólo en el marco de este procedimiento resultaría ajustado a

Derecho que el instructor acordase la detención cautelar prevista en el artículo 61.1.f) de la LOEx.

En este sentido, el fundamento jurídico 5 de la STC 341/1993, de 18 de noviembre, antes mencionada, al examinar si la previsión del art. 20.2 resulta conciliable con lo dispuesto en el art. 17.1 de la Constitución, señala que “la determinación de los casos en los que se podrá disponer una privación de libertad en modo alguno supone que quede el legislador apoderado para establecer, libre de todo vínculo, cualesquiera supuestos de detención, arresto o medidas análogas. La Ley no podría, desde luego, configurar supuestos de privación de libertad que no correspondan a la finalidad de protección de derechos, bienes o valores constitucionalmente reconocidos o que por su grado de indeterminación crearan inseguridad o incertidumbre insuperable sobre su modo de aplicación efectiva y tampoco podría incurrir en falta de proporcionalidad (...) la privación de libertad con fines de identificación sólo podrá afectar a las personas no identificadas de las que razonable y fundadamente pueda presumirse que se hallan en disposición actual de cometer un ilícito penal o a aquellas, igualmente no identificables, que hayan incurrido en una infracción administrativa, estableciendo así la Ley un instrumento utilizable en los casos en que la necesidad de identificación surja de la exigencia de prevenir un delito o falta o de reconocer, para sancionarlo, a un infractor de la legalidad” (FJ 5). En consecuencia, cualquier situación de privación de libertad, en concreto la conducción a comisaría a cualquier efecto debe estar prevista legal y explícitamente a fin de contar con cobertura constitucional.

En los casos investigados, la conducción de ciudadanos extranjeros documentados que no acreditan su estancia regular en nuestro territorio no está prevista legalmente. Como V.I. conoce, el artículo 11 de la LOPSC obliga al extranjero a disponer de los documentos que acrediten su identidad y la regularidad de su estancia. También el artículo 20 de la misma ley permite el traslado a comisaría para “identificación” (“retención para identificación”) cuando la identificación no ha sido posible. Por tanto, el traslado a comisaría sólo puede producirse por falta de documento de identidad, no de documento que acredite la legalidad de la estancia. Lógicamente también puede realizarse en caso de delito, tal y como queda contemplado en el apartado número cuatro de la Instrucción 12/2007 de la Secretaría de Estado de Seguridad, o bien en el marco de un procedimiento de expulsión ya en curso, de conformidad con lo establecido en el artículo 61.1.d) de la Ley de Extranjería que contempla la figura de las detenciones cautelares administrativas.

Por todo cuanto antecede, el Defensor del Pueblo en el ejercicio de las responsabilidades que le confieren los artículos 54 de la Constitución y 1 y 9 de la Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril, reguladora de esta Institución, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 30.1 de aquella Ley Orgánica,

RECUERDA a V.I. EL DEBER LEGAL

que incumbe a ese organismo de no proceder a la detención y posterior traslado a dependencias policiales de ciudadanos extranjeros debidamente identificados si no se dan los presupuestos legales de una detención penal o de una retención para identificación de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, o bien de una detención cautelar a la que se refiere el artículo 61.1.d) de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Igualmente, esta Institución, en atención a lo establecido en el precitado artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, ha estimado procedente formular a V.I. la siguiente

RECOMENDACIÓN

Que se modifique la Circular 1/2010, de 25 de enero, a fin de que sean correctamente interpretados los supuestos de “detención cautelar” y traslado a comisaría de ciudadanos extranjeros identificados, a fin de que cese la práctica detectada consistente en la detención y posterior traslado a dependencias policiales donde les es incoado un expediente sancionador por estancia irregular en territorio nacional.

Recomendación a la Dirección General de la Policía

Recomendaciones 45/2013, de 17 de abril, para erradicar la práctica policial consistente en controles de identificación basados en perfiles étnicos y raciales.

Con posterioridad al cierre de nuestra investigación, relativa a la práctica policial consistente en controles de identificación basados en perfiles étnicos y raciales, se han recibido nuevas quejas en las que se concreta el lugar y la hora de más de trescientos controles de identificación, determinados por perfiles étnicos y raciales, realizados en lugares públicos.

Esa Dirección General comunicó el 5 de septiembre de 2012 que, desde la entrada en vigor de la Circular 2/2012, de 16 de mayo, sobre “Identificación de ciudadanos”, en la cual “se ahondaba en el concepto de ‘seguridad humana’ como objetivo prioritario de actuación incompatible con procedimientos indiscriminados”, no se producían identificaciones de personas, innecesarias, arbitrarias y abusivas. Además, resaltaba en su escrito “la inexistencia de órdenes de actuación operativas para que dichas identificaciones se basen en perfiles étnicos o raciales”.

No obstante, de los escritos remitidos al Defensor del Pueblo se desprende que continúan los controles policiales y que la mayoría se realizan a primeras horas de la mañana, en los transportes públicos y, con frecuencia, por agentes de policía no identificados vestidos de paisano.

La identificación de ciudadanos por perfiles étnicos o raciales en España, por parte de funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía, ha sido recogida por varios organismos internacionales de derechos humanos desde el año 2005. Así la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), ha recomendado que las autoridades españolas estudien el alcance de la práctica de establecer perfiles étnicos detectada en las diferentes fuerzas policiales que operan en España a nivel nacional, regional y local, y que tomen todas las medidas necesarias para erradicarlas. Por su parte, el Comité de Derechos Humanos constató discriminación por motivos de perfiles raciales en el caso *Rosalind Williams Lecraft contra España* y condenó a España por violación de la prohibición de la discriminación del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Asimismo, instó a las autoridades españolas a que aseguraran “una prohibición efectiva de todas las prácticas en materia de perfiles étnicos por parte de las fuerzas policiales en todo el país”. También el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de la ONU, en las Observaciones finales sobre España, en marzo de 2011, recomendó que se tomaran medidas efectivas para erradicar esta práctica.

En consecuencia, a la vista de las recomendaciones de los organismos internacionales para la prevención y erradicación de esta cuestión, así como de la recepción de continuas quejas relativas a esta práctica policial, el Defensor del Pueblo realiza a ese organismo las siguientes consideraciones:

En primer lugar, en el último escrito de esa Dirección General se comunicó que “resulta extremadamente dificultoso verificar el número y la motivación de las identificaciones de ciudadanos extranjeros debido a la complejidad y diversidad de las tareas policiales, las cuales constituyen un amplísimo abanico que abarca desde la prevención realizada por las Brigadas de Seguridad Ciudadana hasta la labor de los Grupos de Policía Judicial, de Información y de Extranjería”. Sin embargo, las dificultades inherentes a una supervisión eficaz de las identificaciones por motivos raciales no han sido impedimento para arbitrar mecanismos de control de prevención y erradicación, como se ha demostrado en países tales como Reino Unido, Francia o Países Bajos donde se han publicado manuales de buenas prácticas dirigidos a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado para evitar este tipo de discriminación.

Esa Dirección General también señaló que carece de medidas efectivas para determinar el carácter y la magnitud del uso de perfiles raciales en los controles de identificación, puesto que no existe una recopilación del número de identificaciones practicadas a ciudadanos en lugares públicos, de modo que resulta primordial, a juicio de esta Institución, obtener estos datos a fin de determinar posibles tendencias discriminatorias.

La falta de datos incide negativamente en la capacidad de elaborar las respuestas normativas pertinentes para erradicar estas prácticas. Los formularios de identificación y registro son una herramienta útil para cumplir este objetivo como ha concluido el proyecto denominado STEPPS, encuadrado en el programa AGIS de la Unión Europea, en el que se analizaron las prácticas de identificación y registros, entre otros, de la policía municipal y autónoma en Girona y de la policía municipal en Fuenlabrada (Madrid). El uso de formularios en los que se deja constancia del ejercicio de las facultades de identificación y registro ha demostrado ser un sistema eficaz para detectar la proporcionalidad de las actuaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sobre los ciudadanos extranjeros con el fin de adoptar medidas correctoras. Los formularios de identificaciones y registros permitirán recoger estadísticas que revelen si las facultades discrecionales se ejercen de forma desproporcionada con determinadas minorías. Además, la disponibilidad pública de estadísticas y de datos puede servir para concienciar a la sociedad civil sobre sus derechos a la hora de la identificación y alentar posibles denuncias de discriminación.

Los formularios de identificación de personas en vía/lugar públicos y los registros deberían contener los siguientes datos: motivos de la identificación y registro, el objeto u objetos intervenidos, el nombre y comisaría de quienes realizan el registro, los datos de la persona sometida a identificación o registro, como el nombre, dirección y raza y/o etnia, datos que la persona puede negarse a facilitar. Tales datos deben ser recogidos con el debido respeto a los principios de confidencialidad, consentimiento informado y autoidentificación automática. En este sentido, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en las Observaciones finales sobre España, en marzo de 2011,

recomendó recopilar información estadística sobre la composición étnica y racial de la población española porque es fundamental dado que “contar con este tipo de información estadística es trascendental para identificar y conocer mejor a los grupos étnicos y raciales presentes en su territorio, supervisan los tipos de discriminación y posibles tendencias discriminatorias contra ellos y la consecuente toma de medidas para hacer frente a dicha discriminación”.

Además, resulta preciso proporcionar a los funcionarios de policía la formación adecuada en materia de diversidad y sobre la forma de llevar a cabo controles de identidad con arreglo al principio de igualdad y la prohibición de discriminación, de conformidad con el artículo 40 del Código Europeo de Ética de la Policía, por el cual “la policía debe llevar a cabo sus misiones de manera equitativa, inspirándose, en particular, en los principios de imparcialidad y no-discriminación”.

Es necesario también un análisis de los datos obrantes de los formularios de identificaciones y registros a fin de adoptar medidas correctoras para evitar posibles discriminaciones en los controles de identidad. Por esta razón resulta imprescindible el estudio de las estadísticas resultantes de los formularios de identificaciones y registros con el objetivo de revelar la falta de proporcionalidad en las actuaciones policiales sobre determinadas minorías étnicas.

Por último, el establecimiento de un proceso formal para llevar a cabo las identificaciones y registros supone una oportunidad para informar a las personas objeto de identificación sobre sus derechos y la forma de presentar una reclamación. Un mecanismo de reclamaciones es un medio muy importante para disuadir del abuso de las facultades policiales, pero también para restablecer y reforzar la confianza pública en el sistema policial gracias a una mayor responsabilidad en la denuncia de posibles discriminaciones. Por ello, es importante establecer un departamento o unidad específica especializada en reclamaciones de este tipo dedicada a investigar las denuncias de trato incorrecto y que esté facultada para adoptar medidas disciplinarias.

Por todo lo anterior, en atención a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra Ley Orgánica reguladora, se ha estimado procedente formular a ese organismo, las siguientes

RECOMENDACIONES

1. Establecer el uso sistemático por parte del Cuerpo Nacional de Policía de formularios de identificación y registro en los que conste la etnia, raza y/o nacionalidad de la persona sometida al control de identidad, así como el motivo de la identificación, de acuerdo con los principios de consentimiento informado y confidencialidad.
2. Elaborar un Manual de procedimiento sobre el uso de los formularios de identificación y registro en vía/lugar públicos dirigido a todos los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía.

3. A partir de los datos obtenidos de los formularios de identificación, elaborar un sistema estadístico de recopilación y seguimiento de los datos desglosados por raza, etnia y/o nacionalidad.
4. Proporcionar a los funcionarios del Cuerpo Nacional de Policía formación específica en materia de diversidad cultural y capacitación sobre la forma de llevar a cabo controles de identidad con arreglo al principio de igualdad y la prohibición de discriminación.
5. Constituir un mecanismo de reclamaciones encargado de recibir quejas individuales de personas objeto de identificación sobre posibles discriminaciones por parte de funcionarios de policía.

Recomendación a la Dirección General de la Policía

Recomendación 16/2014, de 29 de enero, formulada a la Delegación del Gobierno en la Comunidad Autónoma de La Rioja, para que cese la práctica de trasladar a la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras los datos de identidad de aquellas personas cuya autorización de residencia ha sido denegada (13025930).

Se ha recibido escrito de V. E. con relación al asunto expuesto, en el que se informa que la Oficina de Extranjeros de esa comunidad autónoma traslada a la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras, de la Jefatura Superior de Policía de La Rioja, los datos de identidad y filiación de los extranjeros a los que se ha denegado determinadas autorizaciones de residencia, una vez que las resoluciones son firmes en vía administrativa.

Se justifica dicha actuación en el hecho de que los agentes de la Brigada Provincial tienen acceso a todos los datos en materia de extranjería a través del Registro Central de Extranjeros, donde se graban y actualizan de forma automática los datos completos de los ciudadanos extranjeros, incluyendo los trámites de extranjería que se gestionan por las oficinas de extranjeros.

Expuesto el asunto en estos términos, parece innecesario e incluso irrelevante que por parte de la oficina se traslade a la Brigada una lista de las personas que han visto denegada su solicitud de autorización de residencia y, por tanto, se encuentran en situación de irregularidad. Sin embargo, tal justificación no puede ser admitida porque no es equiparable el hecho de que la Brigada tenga acceso a determinados ficheros a que le sean cedidos datos relativos a personas concretas que tienen en común dos características: tener fijado su domicilio en La Rioja y encontrarse en situación de irregularidad.

La disposición adicional quinta de la Ley de extranjería, en su apartado 3, establece: «La tramitación de los procedimientos en materia de extranjería derivados del cumplimiento de lo dispuesto en la presente ley orgánica, se realizará sobre una aplicación informática común cuya implantación y coordinación respecto de los restantes Departamentos implicados corresponderá al Ministerio de Trabajo e Inmigración. Dicha aplicación, garantizando la protección de datos de carácter personal, registrará la información y datos relativos a los extranjeros y ciudadanos de la Unión Europea residentes en España y sus autorizaciones, impulsará el cumplimiento de lo establecido por la legislación en materia de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos y permitirá el conocimiento, en tiempo real, de la situación de las solicitudes de autorización reguladas en esta ley por parte de los órganos administrativos que sean competentes en cada una de las fases del mismo, así como su intervención en la fase que recaiga dentro de su ámbito de competencias».

El último párrafo del apartado 3 de la citada disposición establece: «El Ministerio del Interior, de acuerdo con sus competencias en materia de orden público, seguridad pública y seguridad nacional, mantendrá un Registro central de extranjeros. Reglamentariamente se establecerá la interconexión que, en su caso, resulte necesaria para que en la aplicación

informática común conste la información que pueda repercutir en la situación administrativa de los extranjeros en España».

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos, establecía, en el apartado 1 del artículo 21, «Comunicación de datos entre Administraciones Públicas», que los datos de carácter personal recogidos o elaborados por las administraciones públicas para el desempeño de sus atribuciones no serán comunicados a otras administraciones públicas para el ejercicio de competencias diferentes o de competencias que versen sobre materias distintas, salvo cuando la comunicación hubiere sido prevista por las disposiciones de creación del fichero o por disposición de superior rango que regule su uso o... cuando la comunicación tenga por objeto el tratamiento posterior de los datos con fines históricos, estadísticos o científicos».

El artículo 24, apartado 1, de la citada ley, establecía que lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo 5 (sobre el derecho de los interesados a la información en la recogida de datos) no será aplicable cuando la información al afectado impida o dificulte gravemente el cumplimiento de las funciones de control y verificación de las administraciones públicas o afecte a la Defensa Nacional, a la seguridad pública o a la persecución de infracciones penales o administrativas.

El Defensor del Pueblo impugnó la redacción original de ambos preceptos y el Tribunal Constitucional en la Sentencia número 292/2000, de 30 de noviembre, tachó de inconstitucionalidad y declaró la nulidad de los incisos resaltados en negrita en los párrafos anteriores.

Señala el alto tribunal en la citada sentencia que «el derecho a la protección de datos garantiza a los individuos un poder de disposición sobre esos datos y que esta garantía impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías...».

Continúa el Tribunal: «El derecho fundamental a la protección de datos amplía la garantía constitucional a aquellos de esos datos que sean relevantes para o tengan incidencia en el ejercicio de cualesquiera derechos de la persona, sean o no derechos constitucionales y sean o no relativos al honor, la ideología, la intimidad personal y familiar a cualquier otro bien constitucionalmente amparado. De este modo, el objeto de protección del derecho fundamental a la protección de datos no se reduce sólo a los datos íntimos de la persona, sino a cualquier tipo de dato personal, sea o no íntimo, cuyo conocimiento o empleo por terceros pueda afectar a sus derechos sean o no fundamentales, porque su objeto no es solo la intimidad individual, que para ello está la protección que el artículo 18.1 CE otorga, sino los datos de carácter personal. Por consiguiente también alcanza a aquellos datos personales públicos, que por el hecho de serlo, de ser accesibles al conocimiento de cualquiera, no escapan al poder de disposición del afectado porque así lo garantiza su derecho a la protección de datos».

El Tribunal señala que los datos amparados son todos aquellos que identifiquen o permitan identificar a la persona, pudiendo servir para la confección de su perfil ideológico, racial, sexual, económico o de cualquier otra índole, o que sirvan para cualquier otra utilidad que en determinadas circunstancias constituya una amenaza para el individuo. En definitiva, el órgano judicial determina que «el contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir cuáles de esos datos proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o cuáles puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso. (...) En fin, son elementos característicos de la definición constitucional del derecho fundamental a la protección de datos personales los derechos del afectado a consentir sobre la recogida y uso de sus datos personales y a saber de los mismos».

El apartado 2 del artículo 22 de la citada Ley 15/1999, de Protección de Datos de carácter personal establece que «La recogida y tratamiento para fines policiales de datos de carácter personal por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad sin consentimiento de las personas afectadas están limitados a aquellos supuestos y categorías de datos que resulten necesarios para la prevención de un peligro real para la seguridad pública o para la represión de infracciones penales...».

Lo expuesto pone de manifiesto que la actuación de la Oficina de Extranjeros puede vulnerar la legislación de protección de datos al ceder datos personales, toda vez que dicha cesión no es para fines históricos, estadísticos o científicos. De otro lado, se ha de recordar que la situación de irregularidad es causa de una infracción de carácter administrativo y no penal.

En este caso, la actuación de la oficina priva al extranjero de las facultades de control sobre sus datos personales, lo que, a juicio del Tribunal Constitucional, supone un quebranto de su derecho fundamental a la protección de datos, puesto que como establece la STC 11/1981, de 8 de abril (F 8) «se rebasa o se desconoce el contenido esencial cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección».

Es incuestionable que el traslado de la lista de personas en situación de irregularidad puede provocar una actuación inmediata por parte de las fuerzas policiales, con el objetivo de incoar expedientes sancionadores, tal y como ocurrió en el presente caso. Según el relato de la promotora de la queja, tras la denegación de su solicitud se personaron en su domicilio dos agentes de policía de paisano y posteriormente fue sancionada con multa.

De otro lado, en su escrito se manifiesta que las denegaciones de autorizaciones de residencia contienen el mandato de que el extranjero abandone el territorio nacional en un plazo de quince días, pero un eventual incumplimiento de dicho mandato puede estar en ocasiones justificado. Por ejemplo, en el caso tratado en la presente queja, dicho mandato

recaía sobre la progenitora de un menor español, por lo que se estima que el interés superior del menor a ser cuidado y educado por su madre es prevalente. La razón de que el Reglamento de extranjería incluyera el arraigo familiar como una causa de regularización es precisamente la prevalencia del interés superior del menor. Sin embargo, en la actualidad muchos de estos progenitores vuelven a la situación de irregularidad, como consecuencia de un criterio interpretativo que esta institución estima inadecuado y que debe modificarse.

Por dicha razón, recientemente se ha formulado una recomendación a la Secretaría General de Inmigración y Emigración en los siguientes términos:

«Impartir con urgencia instrucciones a las delegaciones y subdelegaciones del Gobierno, con el fin de que se concedan autorizaciones de residencia por arraigo familiar a las personas que, a la caducidad de sus tarjetas obtenidas por esa vía, no reúnan los requisitos necesarios para modificar su situación a la de residencia y trabajo por cuenta ajena o propia.

Regular en la próxima modificación del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, la situación de los padres de menores españoles que, a pesar de sus obligaciones paterno filiales, no reúnen los requisitos para poder ser documentados con una autorización en régimen general».

Atendiendo a lo anteriormente expuesto, esta institución considera que la actuación de la Oficina de Extranjeros no se ajusta a derecho, al facilitar a la Brigada la identificación de personas que han visto denegada o inadmitida a trámite su autorización de residencia por distintos motivos.

Por ello, en atención a lo establecido en el artículo 30.1 de nuestra ley orgánica reguladora, ha estimado procedente formular la siguiente

RECOMENDACIÓN

Dictar instrucciones a la Oficina de Extranjeros, para que cese la práctica de trasladar a la Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras los datos de identidad de aquellas personas cuya autorización de residencia ha sido denegada.

Recordatorio de deberes legales, de 5 de diciembre de 2014, formulado a la Dirección General de la Policía, Ministerio del Interior, reiterando a esa Administración el recordatorio legal formulado en el año 2010 a esa dirección general, de no proceder a la detención y posterior traslado a dependencias policiales de ciudadanos extranjeros, debidamente identificados, si no se dan los presupuestos legales de una detención penal o de una retención para identificación de la Ley Orgánica de Seguridad Ciudadana, o bien de una detención cautelar a la que se refiere el artículo 61.1d de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (14005301).

PROGRAMA DEL CURSO

PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS Y CONTROL JUDICIAL DE LA INMIGRACIÓN.

El Juez de Instrucción ante la detención, internamiento y expulsión administrativa de ciudadanos extranjeros

Fechas:	1, 2 y 3 de junio de 2015
Directora:	Dña. Margarita Martínez Escamilla Catedrática de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid
Director Técnico:	D. Carlos Uribe Ubago Director del Servicio de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial.
Lugar:	Madrid, calle Trafalgar, 27.

Lunes, 1 de junio de 2015

11:45 horas	Entrega de documentación.
12:00 horas	Presentación del curso por D ^a Concepción Sáez Rodríguez Vocal del Consejo General del Poder Judicial.
12:30 horas	Detención, internamiento y expulsión de ciudadanos extranjeros en situación irregular. Marco nacional. Una primera aproximación. Ponente: D ^a Margarita Martínez Escamilla, Catedrática de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid. Proyección del cortometraje Fronteras invisibles de Eduardo León y Olmo Calvo. Debate.
14:00 horas	Pausa-comida
16:00 horas	Detención, internamiento y expulsión de ciudadanos extranjeros en situación irregular. Marco comunitario e internacional. Ponente: D. José Miguel Sánchez Tomás, Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad Rey Juan Carlos. Letrado del Tribunal Constitucional.
17:00 horas	Preocupaciones del Defensor del Pueblo en relación con la detención, internamiento y expulsión de ciudadanos extranjeros. Ponente: D ^a Eugenia Relaño. Área de inmigración e igualdad de trato del Defensor del Pueblo.

Martes, 2 de junio de 2015

- 09.30 horas Mesa redonda:
EXPULSIONES DESDE COMISARÍA (LAS DENOMINADAS EXPULSIONES “EXPRÉS”).
Intervienen:

- D^a Elisa Fariñas Abellán. Inspectora Jefe del Cuerpo Nacional de Policía. **Criterios de actuación.**

D. José Alberto Navarro Manich. Abogado experto en extranjería. **Garantías jurídicas e instrumentos de defensa durante la detención para la ejecución de la expulsión.**

D. José María Trillo Figueroa. Coautor del Informe 2014 del Servicio Jesuita a Migrantes. **Una realidad oculta. Prácticas detectadas.**
- 11:30 horas Pausa-café
- 12.00 horas Mesa redonda:
SOLICITUD Y AUTORIZACIÓN DEL INTERNAMIENTO Y LA AUTORIZACIÓN DEL INTERNAMIENTO Y LA AUTORIZACIÓN DE EXPULSIÓN PREVISTA EN EL 57.7 LOEX.
Intervienen:

- D. José Antonio Tomé García. Profesor titular de Derecho Procesal de la Universidad Complutense de Madrid. **Principios rectores.**

- D. José Luis Rodríguez Martínez. Inspector Jefe del Cuerpo Nacional de Policía. **Aplicación de la circular 6/2014 y otros criterios de actuación policial.**

D^a Victoria Rosell Aguilar. Juez de Instrucción nº 8 de las Palmas de Gran Canaria con funciones de control jurisdiccional del CIE de las Palmas. **El Juez de Instrucción ante la autorización del internamiento y alguna mención a la autorización del 57.7 LOEx.**

D^a Patricia Fernández Olalla, Fiscal adscrita al Fiscal de Sala Coordinador de Extranjería. **El Fiscal ante la solicitud de internamiento y el artículo 57.7 LOEx. Criterios de actuación.**
- 16:00 horas Proyección del cortometraje **Repatriados**, de Celia Hernández y Alma Altozano.
Grupos de trabajo.
Puesta en común y conclusiones.

Miércoles, 3 de junio de 2015

- 10:00 horas Mesa redonda:
CENTROS DE INTERNAMIENTO.
Intervienen:
- **D. Ramiro García de Dios Ferreiro.** Juez de Instrucción nº 6 de Madrid, con funciones de control jurisdiccional del CIE de Aluche. **Los Juzgados de Control de los CIE: funciones, recorrido y retos.**
 - D^a Cristina Manzanedo, Coordinadora del Área Jurídica de Pueblos Unidos. **Principales problemas detectados.**
 - D. Julián Carlos Ríos Martín, Profesor de Derecho Penal de la Universidad Pontificia de Comillas. **Tratos inhumanos y degradantes y dificultades para la investigación penal.**
- D. José Villahoz Rodríguez, Vicepresidente de Algeciras Acoge: **Especial consideración al CIE de Algeciras.**
- 11:30 horas Pausa-café
- 12:00 horas Debate, conclusiones y clausura del curso.