

DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO -
PROCESAL

LA DETENCIÓN Y EL INTERNAMIENTO DE
EXTRANJEROS

VICENTE JOSÉ MARTÍNEZ PARDO

UNIVERSITAT DE VALENCIA
Servei de Publicacions
2005

Aquesta Tesi Doctoral va ser presentada a València el dia 30 de Juny de 2005 davant un tribunal format per:

- D. Juan Montero Aroca
- D^a. Pía Calderón Cuadrado
- D. Carlos Esplugues Mota
- D^a. Raquel Castillejos Manzanares
- D^a. M^a Isabel González Cano

Va ser dirigida per:

D^a. Silvia Barona Vilar

©Copyright: Servei de Publicacions
Vicente José Martínez Pardo

Depòsit legal:

I.S.B.N.:84-370-6274-8

Edita: Universitat de València
Servei de Publicacions
C/ Artes Gráficas, 13 bajo
46010 València
Spain
Telèfon: 963864115

UNIVERSITAT DE VALÈNCIA
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y PROCESAL
ÁREA DE DERECHO PROCESAL



UNIVERSITAT DE VALÈNCIA
FACULTAT DE DRET

LA DETENCIÓN Y EL INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS

TESIS DOCTORAL

Presentada por :

Vicente José Martínez Pardo

Dirigida por :

Dr.^a. D.^a. Silvia Barona Vilar

Catedrática de Derecho Procesal

Universitat de Valencia (Estudi General)

Valencia, 2005.

ÍNDICE Y ABREVIATURAS.....	I
PREÁMBULO	XI

CAPÍTULO PRIMERO

SECCIÓN PRIMERA.....	3
EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS EXTRANJEROS.....	3
I. INTRODUCCIÓN.....	3
1. <i>Los extranjeros: concepto y ámbito de aplicación de la normativa orgánica</i>	4
2. <i>Configuración constitucional</i>	11
A) Las libertades públicas y los derechos fundamentales.....	11
a) Derechos y libertades de los extranjeros con independencia de la situación de estancia o residencia legal en España.....	16
b) Derechos y libertades regulados en la normativa orgánica de extranjería condicionados a la situación de estancia o residencia legal del extranjero en España.....	19
B) Derecho de libre circulación.....	25
C) Derecho a la tutela judicial efectiva.....	32
II. NORMATIVA ORGÁNICA SOBRE EXTRANJERÍA.....	40
1. <i>Ley Orgánica 7/1985 de derechos y libertades de los extranjeros</i>	41
2. <i>Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social</i>	43
3. <i>Ley Orgánica 8/2000 de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social</i>	47
4. <i>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</i>	49
5. <i>Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros</i>	50
6. <i>Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre</i>	53
7. <i>Reglamento de la ley orgánica 4/2000 aprobado por Real Decreto 2393/2004</i> 57	
8. <i>Otros instrumentos legales</i>	58
III. DERECHO SANCIONADOR EN MATERIA DE EXTRANJERÍA.....	62
1. <i>RÉGIMEN DE INFRACCIONES Y SANCIONES</i>	73
A) Infracciones leves.....	74
B) Infracciones graves.....	76
C) Infracciones muy graves.....	81
2. <i>RÉGIMEN DE LA EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL</i>	93
A) La expulsión como régimen sustitutorio de la sanción.....	94
B) La expulsión sobrevenida en supuestos de extranjeros condenados por determinados delitos.....	100
C) Diferenciación de la expulsión con otras figuras afines.....	102
a) Denegación de entrada y rechazo en frontera. Retorno.....	102
b) La prohibición de entrada y la devolución.....	108
3. <i>La expulsión de extranjeros sujetos a causa penal</i>	115
A) Autorización judicial de expulsión de extranjero inculcado o procesado..	116

a)	Requisitos	118
b)	Cuestiones procesales	120
B)	Sustitución de la pena de prisión por expulsión	122
a)	Sustitutivo del cumplimiento íntegro de la pena	122
a´)	Naturaleza jurídica	124
b´)	Presupuestos de aplicación de la expulsión sustitutiva	127
c´)	Aspectos procedimentales y procesales	130
d´)	Efectos de la expulsión	134
e´)	Ejecución de la medida de expulsión	135
b)	Sustitutivo del último cuarto de la pena o del tercer grado	137
c)	La expulsión como sustitutivo de la medida de seguridad	140
4.	<i>Procedimiento para la expulsión</i>	141
A)	Ámbito de aplicación	142
B)	Peculiaridades del procedimiento	144
5.	<i>Las medidas cautelares en el procedimiento de expulsión</i>	147
A)	Caracteres de las "medidas cautelares"	148
B)	Naturaleza jurídica	149
C)	Clases de medidas	152

SECCIÓN SEGUNDA..... 160

EL DERECHO A LA LIBERTAD Y POSIBLE RESTRICCIÓN A TRAVÉS DE LA DETENCIÓN: CONSIDERACIONES GENERALES 160

I.	LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	161
II.	EL DERECHO A LA LIBERTAD.....	166
III.	LA LIBERTAD PERSONAL: CONCEPTO Y REQUISITOS PARA SU RESTRICCIÓN.....	170
1.	<i>Concepto</i>	170
A)	Diferencia entre libertad y seguridad.....	172
B)	Diferencia entre libertad personal y otras libertades	174
2.	<i>Requisitos comunes para la restricción de la libertad personal</i>	177
A)	La reserva de Ley.....	179
B)	Sometimiento a la jurisdicción	181
C)	Principio de proporcionalidad	182
D)	Motivación de las resoluciones	183
E)	Principio de " <i>favor libertatis</i> "	185
IV.	MARCO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD.....	186
V.	PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE LOS EXTRANJEROS.....	195
1.	<i>Los Tratados internacionales</i>	197
A)	La Declaración Universal de los Derechos del Hombre.....	200
B)	El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	201
C)	El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.....	202
D)	Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.....	205

CAPÍTULO SEGUNDO

I.	LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL.....	213
II.	LA DETENCIÓN: CONCEPTO.....	215
III.	LA DETENCIÓN PREVENTIVA.....	218
1.	<i>Presupuestos</i>	220
IV.	LA DETENCIÓN EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 226	
V.	CLASES DE DETENCIÓN.....	237
1.	<i>Detenciones especiales y detenciones procesales</i>	238
A)	Detenciones especiales	239
a)	El arresto del quebrado	239
b)	Detención de menores.....	243
c)	Internamientos de enajenados mentales.....	244
d)	Detención por tratamientos sanitarios obligatorios.....	245
e)	La detención gubernativa en estados de excepción, alarma y sitio...	246
f)	El arresto militar como sanción disciplinaria	246
g)	Detención de extranjeros	247
B)	Detenciones procesales.....	248
2.	<i>Detención policial y Detención judicial</i>	250
3.	<i>Detención comunicada y Detención incomunicada</i>	253
VI.	LA DETENCIÓN DE EXTRANJEROS	257
1.	<i>Doctrina Constitucional</i>	259
VII.	SUPUESTOS DE DETENCIÓN DE EXTRANJEROS.....	265
1.	<i>La detención preventiva</i>	265
A)	Detención del extranjero como consecuencia de la incoación de un procedimiento de expulsión	266
a)	Naturaleza jurídica.....	272
B)	Detención por incumplimiento de la orden de expulsión.....	275
C)	Detención del extranjero para su devolución o retorno	280
2.	<i>Detención de extranjero a efectos de identificación</i>	284
3.	<i>Detención cautelar para fines de extradición</i>	291
4.	<i>Ejecución de una orden de detención europea</i>	293
5.	<i>Detención por comisión de una acción que pueda ser constitutiva de infracción penal</i>	296
VIII.	EL ESTATUTO JURÍDICO DEL DETENIDO	298
1.	<i>Especialidades respecto a los extranjeros detenidos</i>	299
A)	El derecho de asistencia jurídica gratuita	301
2.	<i>El deber de información al detenido</i>	305
A)	Momento de la información	310
B)	Forma de la información de derechos.....	314
C)	Contenido del derecho de información.....	317
3.	<i>La Información de los derechos</i>	320
A)	El derecho al silencio.....	321
B)	Derecho a la designación de Abogado.....	322
a)	Derecho de defensa y derecho de asistencia letrada	323

b)	El contenido esencial del derecho de asistencia letrada al detenido	327
c)	La defensa técnica	329
d)	Momento del derecho a la designación de abogado	333
e)	Tramitación de la designación de abogado	336
f)	Contenido de la asistencia letrada	341
g)	Derecho a intervenir en el procedimiento	346
h)	La entrevista reservada	348
C)	Derecho a la comunicación	354
a)	Momento de la comunicación	355
b)	Personas objeto de la comunicación	355
D)	Derecho al reconocimiento médico	357
a)	Finalidad del reconocimiento médico	358
E)	Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete	359
3.	"Habeas Corpus"	364
A)	Iniciación del proceso	368
a)	Legitimación	373
b)	Escrito de petición de "Habeas Corpus"	376
B)	Incoación del proceso	378
C)	Tramitación del proceso	383
a)	Vista oral	384
b)	Alegaciones	385
c)	Prueba	386
D)	Terminación del proceso	387
E)	Medios de impugnación	391
F)	Condena en costas	393
G)	El Derecho de "Habeas Corpus" de los extranjeros	394
a)	Supuestos de detención	397
b)	Tramitación	400
IX.	DURACIÓN DE LA DETENCIÓN	403
1.	<i>Evolución legislativa</i>	405
2.	<i>Posiciones doctrinales</i>	408
A)	Posiciones que afirman la concurrencia y compatibilidad de los plazos	408
B)	Posiciones que sostienen la existencia de los dos únicos plazos del artículo 17.2 CE	410
C)	Posición que restringe la vigencia del plazo del artículo 496 a la detención practicada por particulares	412
3.	<i>Prórroga de la detención</i>	413
X.	FINALIZACIÓN DE LA DETENCIÓN	414
1.	<i>La libertad del detenido</i>	414
2.	<i>La puesta a disposición judicial del detenido</i>	416
XI.	LA DETENCIÓN DE EXTRANJEROS MENORES DE EDAD	419
1.	<i>La declaración de desamparo</i>	420
2.	<i>El extranjero menor de edad en la Ley 4/2000: la expulsión, retorno y devolución</i>	425
A)	La expulsión administrativa de menores extranjeros	427
B)	El retorno o devolución de los menores extranjeros	428
3.	<i>Supuestos de detención de menores extranjeros</i>	431

CAPÍTULO TERCERO

I.	INTRODUCCIÓN	439
II.	CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL	441
III.	PRECEDENTES LEGISLATIVOS.....	446
IV.	RÉGIMEN JURÍDICO DEL INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS	452
A.	Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social	452
B.	Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.....	453
C.	Orden ministerial de 22 de febrero de 1999.....	455
D.	Consultas, Circulares e Instrucciones de la Fiscalía General del Estado	456
V.	NATURALEZA JURÍDICA.....	459
A.	Carácter automático o discrecional del internamiento.....	463
B.	Momento de solicitud del internamiento	471
C.	Medidas alternativas al internamiento	471
VI.	DERECHOS Y GARANTÍAS EN EL INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS.....	473
A.	Disponibilidad judicial del extranjero.....	474
B.	Control de la legalidad de la detención.....	476
C.	Resolución judicial motivada.....	480
D.	Duración del internamiento.....	482
E.	Internamientos sucesivos	486
F.	El derecho de “habeas Corpus” del extranjero	491
VII.	SUPUESTOS DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS.....	496
A.	Internamiento en un procedimiento de expulsión.....	498
B.	Internamiento en caso de incumplimiento de la orden de expulsión	502
C.	Internamiento en caso de retorno.....	504
D.	Internamiento en caso de devolución.....	508
VIII.	LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ DE INSTRUCCIÓN EN EL INTERNAMIENTO 513	
A.	Juzgado competente	513
B.	Procedimiento	515
C.	Petición de solicitud de internamiento.....	517
D.	Trámite de audiencia.....	520
E.	Resolución judicial.....	523
F.	Recursos.....	527
IX.	LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO.....	528
A.	Régimen general sobre funcionamiento.....	532

B.	Garantías del régimen de internamiento en centros	534
C.	Estatuto jurídico del extranjero internado	537
1.	<i>Condiciones de ingreso</i>	540
2.	<i>Derechos de los extranjeros internados</i>	541
3.	<i>Límites de los derechos del extranjero internado</i>	544
4.	<i>Régimen de reclamaciones de los internados</i>	546
5.	<i>Deberes de los extranjeros internados</i>	548
X.	EL INTERNAMIENTO DE MENORES	550
A.	Internamiento en centros de protección.....	550
B.	Centros de internamiento de menores	551
1.	<i>Supuestos de internamiento en Centro de Internamiento</i>	552
2.	<i>Procedencia de internamiento en los centros de reforma de menores</i>	554
	CONCLUSIONES	559
	BIBLIOGRAFÍA	573

ABREVIATURAS UTILIZADAS

Art.	Artículo.
AP	Audiencia Provincial.
BIMJ	Boletín de Información del Ministerio de Justicia
BOE	Boletín Oficial del Estado.
CC	Código Civil.
Cco.	Código de Comercio.
CCAA	Comunidades Autónomas.
CE	Constitución Española.
CEE	Comunidad Europea.
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre 1950.
CIEx	Centro de Internamiento de Extranjeros
Cit.	citado.
Coord.	Coordinador.
CEJAJ	Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia.
CP	Código Penal, de 23 de noviembre de 1995.
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial.
Dir.	Director.

Ed.	Edición.
EOMF	Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, de 30 de Noviembre de 1981.
FJ	Fundamento jurídico.
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero 2000
LECRIM	Ley de Enjuiciamiento Criminal, de 14 de Septiembre de 1881.
LO	Ley Orgánica.
LO 7/1985	Ley Orgánica de Extranjería 7/1985 de 1 julio.
LO 6/1984	Ley Orgánica reguladora del Procedimiento de “Habeas Corpus”, de 24 de mayo.
LO 4/2000	Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los Extranjeros en España y su integración social de 11 de enero de 2000.
LO 8/2000	Ley Orgánica sobre derechos y libertades de los Extranjeros en España y su integración social de 22 de diciembre de 2000.
LOPSC	Ley Orgánica de Protección para la Seguridad Ciudadana
LORPM	Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor.
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1 de julio 1985.
LRJAP	Ley de Régimen Jurídico de Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo, de 26 de noviembre de 1992.
OM	Orden Ministerial.

PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de 19 de diciembre de 1966.
RJ	Repertorio Aranzadi de Jurisprudencia.
RD	Real Decreto.
RTC	Repertorio Jurisprudencia Constitucional.
STC	Sentencia Tribunal Constitucional.
STS	Sentencia Tribunal Supremo.
STEDH	Sentencia Tribunal Europeo Derechos Humanos.
STSJ	Sentencia Tribunal Superior de Justicia.
TC	Tribunal Constitucional.
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
TSJ	Tribunal Superior de Justicia.
Vol.	Volumen.
VV.AA	Varios Autores.

PREÁMBULO

En la privación de libertad de cualquier persona llevada a cabo por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado pueden verse afectados derechos individuales que la Constitución Española ha incluido entre los derechos fundamentales y libertades públicas que gozan de una especial protección.

Entre esos derechos, además de la libertad y seguridad personal del artículo 17 CE, pueden resultar afectados el derecho a la integridad física (artículo 15 CE), el derecho a la intimidad personal (artículo 18 CE), y el derecho de defensa (artículo 24 CE).

La importancia de los derechos que resultan afectados por la privación de libertad individual de una persona impulsó a realizar el presente estudio, que en un principio iba a comprender la medida cautelar de la detención, pero que después se ha visto limitado a una clase de detención, la de los extranjeros y el posterior internamiento para su expulsión. Es evidente que antes de abordar esta cuestión se hacía necesario delimitar el concepto de extranjero y la evolución de su régimen jurídico, en especial, el régimen sancionador de extranjería.

La inmigración constituye uno de los factores de cambio más importante que está experimentando la sociedad española. España ha pasado de ser un país de emigrantes a un país receptor de inmigrantes en la última década. Este fenómeno migratorio tiene repercusiones sociales y económicas de gran importancia en nuestra sociedad. El legislador español

no es ajeno a estos movimientos de población y pretende regular el flujo de los inmigrantes que entra dentro de nuestro territorio, para ello tiene que partir de unos compromisos internacionales y seguir una política común a los países de nuestro entorno europeo. El Estado debe responder al fenómeno migratorio no sólo con arreglo al ejercicio de su propia soberanía sino que debe atender a los compromisos internacionales asumidos.

La actual política migratoria no puede comprenderse si no se enmarca en un contexto determinado por dos grandes parámetros:

Por una parte, la presencia de los inmigrantes es percibida con inquietud por un gran número de españoles que exigen dar respuesta concreta a la situación de miles de inmigrantes, que entran o pretenden entrar, a veces en condiciones inhumanas, y que, una vez en nuestro territorio, pretenden trabajar y estabilizarse, pero que muchas veces tienen que sobrevivir de manera ilegal y dedicarse a actividades delictivas.

Por otra parte, las políticas de inmigración pasan a tratarse a nivel europeo y a concebirse de modo más global, sobre todo a partir de dos instrumentos: El Consejo Europeo de Tampere de octubre de 1999, y el Tratado de Ámsterdam, en vigor desde mayo de 2000. El Estatuto de los extranjeros no comunitarios de la Unión Europea se ha ido configurando a través de un proceso de constitucionalización que gira en torno al denominado espacio de libertad, seguridad y justicia. Este espacio es el concepto fundamental de evolución de la integración europea en la última década.

El modo en que la realización del espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea afecta a los nacionales de terceros países, ciudadanos no comunitarios, supone examinar tres cuestiones: En primer

lugar el proceso de constitucionalización del espacio de libertad, como resultado de los sucesivos cambios constitucionales operados en Maastricht, Ámsterdam y Tratado de Roma; en segundo lugar, los elementos configuradores de la actual política de inmigración de la Unión Europea; y por último, las líneas normativas fundamentales en las que se inscribe el actual estatuto de los nacionales de terceros países dentro de la Unión Europea.

A) El proceso de constitucionalización del espacio de libertad, seguridad y justicia tiene su origen en el denominado “acervo de Schengen” que fue creado por Tratado en 1985, fuera del marco de las Comunidades Europeas, y posteriormente ampliado por el Convenio de aplicación del Acuerdo en 1990. Con el acuerdo de Schengen de 1985 (inicialmente fueron cinco, los firmantes; después ampliado hasta trece) se pretendía facilitar la libre circulación de los nacionales de los Estados miembros de las Comunidades Europeas, reduciendo y facilitando los controles en el cruce de fronteras. El Tratado de Ámsterdam de 2 de octubre de 1997 integra, a través de un Protocolo, el acervo de Schengen en el marco de la Unión Europea, estableciéndolo como un derecho propio de la Unión en un proceso transitorio de cinco años (1999-2004), con las excepciones de Reino Unido, Irlanda y Dinamarca.

El Consejo Europeo de Tampere, en octubre de 1999, confirió el impulso definitivo al espacio de libertad, seguridad y justicia. En cuanto se refiere a la inmigración a los nacionales de terceros países, el Consejo proclamó: *“La Unión ha de desarrollar políticas comunes en materia de asilo e inmigración, teniendo en cuenta al mismo tiempo la necesidad de llevar a cabo un control coherente de las fronteras exteriores para poner*

fin a la inmigración ilegal y para luchar contra quienes la organizan y cometen delitos internacionales conexos”.

Finalmente, el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, constituye la consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia. Los artículos III-257 a 277 del nuevo Tratado regulan el espacio de libertad, seguridad y justicia y lo articulan en torno a las “políticas sobre controles en las fronteras, asilo e inmigración”, la “cooperación judicial en materia civil y penal, y cooperación policial”.

B) La política comunitaria en materia de inmigración gira en torno a tres ejes fundamentales: *La admisión de los nacionales de terceros países* (condiciones de entrada, condiciones de circulación y de estancia en la Unión); *la integración social de los inmigrantes* (reagrupación familiar y acceso al empleo, a una actividad retribuida independiente y a actividades no retribuidas); y *la lucha contra la inmigración ilegal* (la lucha contra la entrada, la estancia y el empleo ilegales y organización de la expulsión y de la repatriación de personas en situación irregular, así como la lucha contra el tráfico de seres humanos).

Al respecto, el Tratado Constitucional de 2004 consagra los dos principios aplicables a las políticas de controles de fronteras, asilo e inmigración: el principio de equidad en el trato de los extranjeros (artículo III-257.2) y el principio de solidaridad entre los Estados miembros (artículo III-268).

C) Respecto al estatuto jurídico de los nacionales de terceros países, no comunitarios, se ha construido en torno al régimen de los visados, del asilo y al régimen de residencia y de libre circulación de los nacionales no comunitarios. El Consejo Europeo de Tampere estableció: “*El estatuto*

jurídico de los nacionales de terceros países debería aproximarse al de los nacionales de los Estados miembros. A una persona que haya residido legalmente en un Estado miembro durante un período de tiempo por determinar y que cuente con un permiso de residencia de larga duración, se le deberá conceder en ese Estado miembro un conjunto de derechos de carácter uniforme lo más cercano posible al de los ciudadanos de la Unión...”(apartado 21).

El Tratado Constitucional de 2004 ha consagrado expresamente en el artículo III-257.2 el principio de equidad en el trato a los ciudadanos de terceros países lo que constituye el núcleo esencial del estatuto de los nacionales no comunitarios y exige de las instituciones europeas y de las autoridades nacionales la observancia de los derechos fundamentales y una actitud abierta y humanitaria en el control de fronteras, la expedición de visados, la concesión de asilo, la acogida de los refugiados, etc., que, desde luego, constituye la manifestación de la mejor tradición política europea.

En realidad se trata de un estatuto de muy reciente creación, de modo que corresponderá al Tribunal de Justicia Europeo, en los próximos años, perfilar su interpretación más apropiada.

En definitiva, la evolución de la integración europea revela los elementos configuradores de un Derecho supranacional en el que es preciso que los distintos estatutos personales converjan como ocurre ya en el seno de la Unión Europea donde ya no se puede considerar a los ciudadanos de la Unión como extranjeros, pero donde los extranjeros también deben dejar de serlo cuanto más se aproximan y reclaman un trato más equitativo y justo.

Con estas premisas la actividad legislativa desarrollada por el Estado Español, en sus distintos gobiernos, y, sólo en los últimos cinco años,

elabora cuatro leyes orgánicas que se solapan entre sí, reformando de manera total o parcial su articulado. Éstas son, por orden cronológico: Ley Orgánica 4/2000, de 12 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; y Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

También en ese lapso de tiempo se aprueban dos reglamentos que desarrollan el texto básico legal, Reglamento de ejecución de la LO 4/2000, aprobado por RD 864/2001, de 20 de julio; y Reglamento de ejecución de la LO 4/2000, aprobado por RD 2393/2004, de 30 de diciembre.

Asimismo, se dictaron diversas ordenes ministeriales y decretos (Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999, sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los Centros de Internamiento; RD 766/1992, de 28 de junio, sobre régimen de entrada, permanencia y trabajo en la Unión Europea; RD 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de Estados miembros de la Unión Europea, etc.).

Toda esta actividad legislativa y normativa se desarrolla con el fin de regular los flujos migratorios, cada vez mayores, y que con un “efecto llamada” pretenden entrar en nuestro país; como reconoce la Exposición de

Motivos de la LO 8/2000, “*la realidad del fenómeno migratorio supera la previsión de la norma*”.

En el presente estudio intento hacer un análisis de determinados campos en la legislación de extranjería en España, como son la detención y el internamiento de los extranjeros, sin querer abarcar más temas. Se ha evitado hacer referencia a todos los aspectos administrativos, laborales o penales en los que pueden hallarse los extranjeros, por exceder del objeto de la tesis. He insistido, por considerar de suma importancia, sobre los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España, y, en concreto, el derecho fundamental a la libertad y su protección jurisdiccional. En definitiva, veremos si la medida cautelar de detención y la medida preventiva del internamiento en centro penitenciario, así como la propia decisión de expulsión, son necesarias para proteger los intereses del Estado y de la sociedad, y si se produce el adecuado control judicial de las decisiones sobre derechos fundamentales de los extranjeros, y en particular, aquellos que se ven afectados por la detención y el internamiento.

Los temas objeto de la tesis han sido distribuidos en tres capítulos, y al final de la misma realizo una serie de conclusiones particulares, señalando asimismo la bibliografía utilizada.

El Capítulo Primero, titulado “*El Extranjero y su derecho a la libertad*”, se divide en dos Secciones; en una Sección Primera, se examina el régimen jurídico de los extranjeros, enfocado desde la perspectiva de los derechos fundamentales regulados en la Constitución Española de 1978. Es importante delimitar el cuadro constitucional donde debe discurrir tal materia, es decir, engarzar derechos humanos con inmigración, realizando una enumeración de la regulación de los derechos y libertades

fundamentales de los extranjeros en la Constitución Española. También hacemos un estudio sobre la legislación española en materia de extranjería e inmigración desde 1985 y en especial las leyes orgánicas 4/2000 y 8/2000, publicadas en menos de un año, y sus reformas de 2003, el Reglamento de Extranjería del año 2001, y la última reforma, hasta el momento, introducida por el Reglamento de 2004. Finalmente, se examina el derecho sancionador en materia de extranjería, infracciones y sanciones, abordando específicamente la sanción más genuina y exclusiva a los extranjeros como es su expulsión del territorio nacional, distinguiendo entre los diversos supuestos de expulsión de extranjeros.

En una sección segunda se estudia, dentro de los derechos fundamentales, el derecho a la libertad personal, en su faceta de regulación constitucional y en su protección internacional, así como los requisitos para su restricción por medio de la detención, analizando las disposiciones jurídicas en que se concreta el principio de legalidad del artículo 17.1 CE, no sólo desde el punto de vista de cuando queda autorizada la privación de libertad, sino de los elementos que deben ser considerados con referencia a la forma en que dicha privación debería llevarse a efecto.

El Capítulo Segundo se dedica a “*la detención de los extranjeros*” como medida restrictiva de la libertad. En primer lugar, se trata la detención con carácter general en nuestro proceso penal, señalando las características y requisitos constitucionales. Se completa este capítulo con la exposición de las diversas clases de detención: policial, por particulares, judicial, y del Ministerio Fiscal. Especialmente se examinan los supuestos de detención de extranjeros con las características propias de la legislación de extranjería. También se estudia el estatuto jurídico del detenido, en su conjunto de derechos recogidos en el texto constitucional y en la Ley de

Enjuiciamiento Criminal. Dentro de las garantías y derechos del detenido se abordan dos cuestiones importantes: la primera, referida al deber de informar al detenido de sus derechos, como instrumento del derecho de defensa en su sentido más amplio; y la segunda, el proceso de *Habeas Corpus* como garantía constitucional del derecho a la libertad. Tanto en una cuestión como en otra se hace especial estudio del derecho a la asistencia letrada al extranjero detenido, así como la posibilidad de *Habeas Corpus* del mismo.

También se trata en este capítulo la duración de la detención, teniendo en cuenta que el tema del plazo de esta medida restrictiva de libertad, junto con la conveniencia o no de su acortamiento y la inmediata puesta del detenido a disposición judicial, ha producido opiniones encontradas de juristas. Finalmente se examina específicamente la detención de los extranjeros menores de edad, con su problemática, en cuanto menores, con sus efectos en el orden civil (desamparo) y penal; y en cuanto extranjeros, por aplicación de la legislación de extranjería de mayores.

El Capítulo Tercero se titula “*el internamiento de extranjeros*”. En el se estudia la medida restrictiva de la libertad de los extranjeros pendientes de expulsión del territorio nacional; su configuración constitucional y su régimen jurídico; el procedimiento judicial en la adopción del internamiento; y los Centros de Internamiento de extranjeros y su régimen interno.

CAPÍTULO PRIMERO

EL EXTRANJERO Y SU DERECHO A LA LIBERTAD

Sección Primera
El régimen jurídico de los extranjeros

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Española ha legalizado el régimen jurídico de los extranjeros. De esta manera quién sea extranjero y cuál sea su posición jurídica es una cuestión de legalidad ordinaria. Incluso lo son los términos en los que el extranjero goza de sus derechos fundamentales dentro del territorio del Estado. También las condiciones jurídicas de la entrada en España y de la expulsión de quienes hayan entrado o permanecido en él ilegalmente no están en la Constitución sino en la Ley¹.

Dentro de las normas que regulan a los extranjeros, que constituyen auténticos estatutos del extranjero, pueden distinguirse dos partes o aspectos significativos: Un aspecto administrativo, que comprende toda la regulación relativa a la entrada, permanencia y salida de los extranjeros; y un aspecto relativo a la determinación de la titularidad y goce o disfrute de “los derechos y libertades de los extranjeros” en España, así como de sus “garantías jurídicas” que vendrían a integrar la auténtica “condición del extranjero” en nuestro país².

¹ Sin ánimo de ser exhaustivo, para el estudio de la normativa que regula la extranjería interesa consultar, en particular: ESPLUGUES MOTA, C./ LORENZO SEGRELLES, M., *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*, Valencia, 2001; MASSÓ GARROTE, M.F., *Nuevo régimen de extranjería, Comentarios, Procedimientos, Formularios y Modelos de la LO 4/2000, de Extranjería, tras la reforma de la LO 8/2000*, Madrid, 2001; MOLINA NAVARRETE (Dir.), *Comentario a la Ley y al reglamento de Extranjería e Integración Social*, Granada, 2001; PRESNO LINERA, M.A. (Dir.), *Extranjeros e inmigración: Aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Valencia, 2004; SEGARRA TRÍAS, E., *La legislación sobre extranjería e inmigración: Una lectura*, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2002.

² Así lo considera FERNÁNDEZ VALVERDE, R., *Las garantías jurídicas de los extranjeros*, en *Revista del Poder Judicial* núm. 67, tercer trimestre, 2002, CGPJ, Madrid, 2002, pág. 2.

El régimen jurídico de la entrada y permanencia en el territorio del Estado son cuestiones de orden legal porque la CE guarda silencio sobre ellas, pero no son cuestiones constitucionalmente irrelevantes, como no lo es la extranjería. No lo son porque en la aplicación de las normas relativas a la entrada de extranjeros en el Estado y a la expulsión de los que hayan entrado o permanezcan ilegalmente se comprometen una serie de derechos fundamentales, como son: el derecho a la libertad personal (artículo 17.1 CE), porque se prevén medidas de sujeción física de los extranjeros; los derechos de libre circulación y residencia (artículo 19 CE), porque el Estado puede adoptar medidas cautelares respecto de extranjeros autorizados provisionalmente a entrar en España que limitan el disfrute de aquellas libertades; el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), ya que el extranjero sometido a expediente goza de los derechos de defensa y asistencia jurídica; y los derechos establecidos en el artículo 25 CE que se plasman en los procedimientos administrativos de retorno y expulsión de extranjeros.

1. LOS EXTRANJEROS: CONCEPTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA ORGÁNICA

La determinación del concepto de extranjero es fundamental puesto que es a ellos y no a los nacionales a los que afecta la legislación de extranjería. El artículo 13.1 de la Constitución Española declara que *“los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley”*. La configuración jurídica de la extranjería se limita inicialmente como una materia regulada por Ley y por los Tratados internacionales, respetando el

principio de efectiva reciprocidad³. Solo por ley o tratado internacional se puede regular la condición jurídica del extranjero.

En desarrollo de este mandato la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, reformada por LO 8/2000, regula el régimen jurídico de los extranjeros estableciendo en el artículo 1: “ *Se consideran extranjeros, a los efectos de la aplicación de la presente Ley, a los que carezcan de la nacionalidad española*”. Es decir, los que no son españoles son extranjeros. El legislador ha configurado el concepto de extranjero de manera negativa “...*los que carezcan de nacionalidad española*”, pero la regulación de la nacionalidad española permanece, sin embargo, en el ámbito del Derecho Privado, siendo los artículos 15 y 17 a 25 CC las normas legales que completan el artículo 11.1 CE que dispone “*la nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley*”⁴.

Si entendemos que extranjero es quien es o viene de otro país, de otra soberanía, extranjería es la calidad o condición que por las leyes corresponden al extranjero, residente en un país, mientras no esté naturalizado en él, así como el sistema o conjunto de normas reguladoras de tal condición, los actos e intereses de los extranjeros en un país⁵.

Se puede considerar como pacífico en la doctrina el concepto de extranjero como alusivo a una persona que, siendo nacional de un Estado,

³ Sobre el proceso de elaboración del precepto constitucional en la Comisión constitucional tanto en el Congreso de Diputados y Senado, ver SEGARRA TRÍAS, E. *La legislación sobre extranjería e inmigración...*, cit., pág. 58 y siguientes.

⁴ La Ley 36/2002, de 8 de octubre, de modificación del Código Civil en materia de nacionalidad, ha dado nueva redacción a los artículos 20, 22, 23, 24, 25 y 26 CC.

⁵ Así lo define LÓPEZ MUÑIZ GOÑI, M., *La nueva ley de extranjería, Guía práctica y Jurisprudencia*, Madrid, 2001, pág. 47.

se traslada a otro produciendo un conjunto de relaciones y efectos jurídicos⁶.

Los extranjeros, como los nacionales o los apátridas, están sometidos a las normas territoriales del país en cuyo ámbito se encuentran. En España estas normas proceden de tres fuentes: la interna, la comunitaria o de la Unión Europea y la internacional a través de los Convenios y Tratados firmados por España.

Hoy en día no existe un régimen jurídico unitario aplicable a los extranjeros. Resulta diferente el estatuto jurídico de los extranjeros procedentes de los países miembros de la Unión Europea, que gozan de un régimen ciertamente privilegiado, respecto de otras personas no pertenecientes a dicha Unión. Tampoco es idéntica la situación de los naturales de los países iberoamericanos⁷, de quienes no lo son. En suma, dentro de los extranjeros se pueden ver distintos grados de ajenidad, produciendo a su vez regímenes jurídicos diferenciados. Una persona es tanto más extranjera cuantos más factores diferenciales ostenta con respecto del miembro de otra comunidad que efectúa la apreciación. La suma de los diversos factores de diferenciación (lengua, raza, cultura, religión) configura niveles de ajenidad o extranjería mayores o menores según sean más o menos acentuados⁸. Ello hace que la extranjería tenga un carácter relativo o mudable, que suponga diversos estatutos jurídicos para distintas clases o grupos de personas, pero además que una persona es

⁶ En ese sentido se expresa HERNANDO SANTIAGO, F. J., *Extranjeros, pero no extraños, ante la justicia*, «Discurso pronunciado en el acto de apertura del año judicial 2002», CGPJ, Madrid, año 2002, pág. 4.

⁷ Llamados por nuestra Constitución como pertenecientes a la “comunidad histórica”, así en artículo 56 CE.

⁸ HERNANDO SANTIAGO, F. J., *Extranjeros, pero no extraños...*, cit., pág. 23.

extranjera hasta que deja de serlo, cambio que puede ser consecuencia de un proceso de naturalización en un Estado.

Con carácter general, la referencia al régimen de “extranjería” sólo abarca a una parte de los no nacionales españoles: aquéllos que no son nacionales de un Estado miembro de la Unión Europea. Esto demuestra la existencia de diferentes estatutos o grados de “extranjería” en función de la nacionalidad del sujeto⁹.

A los extranjeros les será de aplicación la legislación de extranjería, sin perjuicio de lo dispuesto en las leyes especiales y en los tratados internacionales en los que España sea parte, como dispone el apartado 2º del artículo 1 de la LO 4/2000. La existencia de esta diversidad de regímenes justificaba que la redacción originaria de la LO 4/2000 se refiriera expresamente, en su artículo 1.2, a los comunitarios y asimilados para establecer que les sería de aplicación la legislación de la Unión Europea. El citado párrafo omite, tras la reforma por LO 8/2000, la referencia a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea¹⁰. Como ha destacado la doctrina¹¹, inexplicablemente en el debate parlamentario de la LO 8/2000 se perdió el párrafo segundo del artículo 1

⁹ También los vínculos familiares del extranjero condicionan su tratamiento y las condiciones de entrada y permanencia en España, de tal forma que unas veces será tratado como un “nacional comunitario” y otras como un verdadero “extranjero” sujeto al régimen general.

¹⁰ En ese sentido se vuelve a la redacción primigenia dada por la LO 7/85, lo cual supone una equivocación para algunos autores (AGUELO NAVARRO, P. y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Dictamen elaborado por el Colegio de Abogados de Zaragoza*, Zaragoza, 2001). Pero es claro que al estar integrada España en la Unión Europea mediante la suscripción de un Tratado Internacional se debe entender que a los nacionales de los Estados Miembros de la misma les serán de aplicación todas las normas de la legislación comunitaria, y el derecho a la libre circulación y residencia que dispone el artículo 18 del Tratado de Comunidad Europea, puesto que las normas supranacionales emanadas de la Unión Europea están integradas en nuestra legislación.

¹¹ AGUELO NAVARRO, P./ ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, A., *Normativa comentada sobre derecho de extranjería*. Valladolid. Lex Nova.2001, pág. 436 y ss.

LO 4/2000¹² en el que disponía que “*los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y a aquellos a quienes les sea de aplicación el régimen comunitario se regirán por la legislación de la Unión Europea, siéndoles de aplicación la presente ley en aquellos aspectos que pudieran ser más favorables*”, lo que se intentó subsanar en parte, a través del Reglamento de ejecución por RD 864/2001 (artículo Único, punto 3) y actualmente en el nuevo Reglamento aprobado por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre¹³, en el que se incluye un precepto de redacción análoga al desaparecido.

La última normativa (hasta ahora) se encuentra en la Disposición final segunda del RD 178/2003 (norma que transpone a nuestro Derecho al régimen comunitario), que realiza una doble declaración: la aplicación subsidiaria de la LO 4/2000 a los familiares de ciudadanos de la Unión previstos en el artículo 2 “*en aquellos casos en los que no quede acreditada la concurrencia de los requisitos previstos en el presente Real Decreto*”; y la aplicación supletoria de la Ley de Extranjería “*a los supuestos comprendidos en el ámbito de aplicación del presente Real Decreto*” en la medida en que no contravenga el Derecho Comunitario¹⁴.

¹² Parece que no se debió a una voluntad específica del legislador, sino más bien como muestran los trabajos parlamentarios, a un simple olvido.

¹³ El artículo Único, párrafo 2, establece: “*Las normas del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, se aplicarán con carácter supletorio, a los efectos que pudieran ser más favorables, a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y a las demás personas incluidas en el ámbito del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre entrada y permanencia en España de nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Asimismo, las normas del Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, se aplicarán con carácter supletorio a quienes sea de aplicación 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*”.

¹⁴ Sobre el tema, ver artículo de JIMÉNEZ BLANCO, P., “*La libertad de circulación y residencia de los miembros de la Familia de los ciudadanos de la Unión Europea*”, en “*Extranjería e Inmigración: Aspectos jurídicos y socioeconómicos*”. coord., PRESNO LINERA, M.A., cit., pág. 71 y ss. Para la citada autora la referencia a la aplicación subsidiaria de la Ley

Asimismo, como consecuencia de los imperativos de la política comunitaria sobre inmigración, a partir de la LO 4/2000 desaparece por omisión, el estatus especial de que venían gozando determinados extranjeros, como eran los de países iberoamericanos, Portugal, Guinea Ecuatorial, Filipinas y Andorra, eliminada su situación privilegiada por completo salvo que puedan acogerse a los convenios bilaterales en vigor con sus Estados de origen¹⁵. En definitiva, la LO 4/2000 se aplicará fundamentalmente a los extranjeros extracomunitarios¹⁶. Distinta es la situación jurídica prevista en la Constitución Española para los asilados, refugiados y apátridas, que ostentan un estatus de extranjería especial o constitucionalmente privilegiada, al respecto el artículo 13.4 CE dice: “*La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España*”¹⁷.

La exclusión de los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea no es la única, dado que quedan excluidos del ámbito de

de Extranjería a los familiares de comunitarias no está formulada en términos adecuados, pudiendo ser interpretada la norma de dos formas diferentes. Si realmente nos encontramos ante los familiares a los que se refiere el artículo 2 del RD, éstos estarán amparados por el régimen comunitario, de modo que la falta de acreditación de la concurrencia de los requisitos previstos en el Real Decreto no determinará la aplicación de la Ley de Extranjería, en tanto ello sea contrario al sistema instaurado de la libre circulación de personas. Por el contrario, si con la falta de acreditación de los requisitos previstos en el Real Decreto se quiere hacer referencia a familiares que no entran dentro del artículo 2, entonces nos encontraríamos ante supuestos que quedan fuera del “régimen comunitario” y, por tanto, que sólo entrarían en el ámbito de aplicación de la normativa general de extranjería. Por ejemplo, el caso del cónyuge, nacional de un tercer Estado, de un comunitario cuyo vínculo matrimonial se rompe; este cónyuge pierde su derecho a la tarjeta de residente comunitario, pero, sin embargo, podrá tener derecho a un permiso de residencia independiente, si acredita las circunstancias que la normativa establece.

¹⁵ Entre España y determinados países se están suscribiendo Acuerdos relativos a la regulación y ordenación de los flujos migratorios, así con la República de Ecuador (31-I-2001, BOE 10-VII) y con la República de Colombia (21-5-2001, BOE 4-VII).

¹⁶ ASENSI SABATER, J., (*Comentarios a la Ley de Extranjería*, Zaragoza, 2000, pág. 23) opina que los destinatarios de la normativa orgánica de extranjería, no es cualquier extranjero “*sino especialmente, el extranjero inmigrante extracomunitario, con escasos o nulos recursos económicos*”.

aplicación de la ley los agentes diplomáticos y funcionarios consulares acreditados en España, los representantes y delegados y demás miembros y sus familias de las delegaciones de Organismos Intergubernamentales con sede en España, y los funcionarios destinados en Organizaciones internacionales o intergubernamentales con sede en España (artículo 2 LO 4/2000) *“que, en virtud de las normas de Derecho internacional, estén exentos de las obligaciones relativas a su inscripción como extranjeros y a la obtención de permiso de residencia”*.

Otra excepción se refiere a los que han obtenido el derecho de asilo o el estatuto de refugiado, conforme a la Ley 5/1984, de 26 de marzo, de Asilo, modificada por la Ley 9/1994, de 19 de mayo; así se recoge en el artículo 25.3 de la ley, al decir :*“Lo dispuesto en los párrafos anteriores, no será de aplicación a los extranjeros que soliciten acogerse al derecho de asilo en el momento de su entrada en España, cuya concesión se regirá por lo dispuesto en su normativa específica”*.

Al derecho de asilo se le concede un trato diferenciado y distinto del régimen general de extranjería, como se desprende del mandato constitucional, al querer que se regule por ley específica el derecho de asilo y al apátrida, conforme establece el artículo 13.4 CE. Ello no quiere decir que sea un privilegio, sino que es un régimen especial, que, en ocasiones, puede ser más duro que el régimen general de extranjería¹⁸. Este régimen de extranjería privilegiada o especial viene determinado por los Convenios sobre Derechos Humanos y los convenios sobre refugiados y asilados que realice España, por vía del artículo. 96.1 CE. En el texto

¹⁷ El 20 de julio de 2001 se aprobó el Reglamento de reconocimiento del Estatuto de apátrida, en desarrollo reglamentario del sistema de extranjería previsto en el artículo 13.4 CE.

¹⁸ En este sentido se expresa SEGARRA TRÍAS, E., *La legislación sobre extranjería e inmigración: Una lectura*, cit., pág. 76.

constitucional se recoge el derecho a solicitar asilo, pero este no es un derecho subjetivo que se concede a los extranjeros perseguidos en sus países por causas políticas, étnicas o religiosas. El mandato constitucional sólo autoriza que se regule el goce del asilo por los ciudadanos de otros países, pero en modo alguno establece que deba darse a los presuntos asilados un trato más favorable o un *status* privilegiado con respecto de los demás extranjeros.

2. CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL

En la exposición del tema es obligada la mención de varios artículos de la Constitución Española, como son: El artículo 13 referido a las libertades públicas y los derechos fundamentales de los extranjeros; el artículo 19 que se refiere al derecho a la libre circulación; y el artículo 24 que recoge el derecho a la tutela judicial efectiva, todos ellos de singular importancia en la problemática jurídica del extranjero.

A) Las libertades públicas y los derechos fundamentales.

El artículo 13.1 CE establece: “*Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los Tratados y la Ley*”, refiriéndose al Título I “De los derechos y deberes fundamentales”, tal como ha reconocido la Jurisprudencia¹⁹. Ello implica que se trata de derechos de configuración legal, en cuanto que, aún reconociendo estos derechos a los extranjeros, es la ley la que tiene que establecer sus contenidos y limitaciones, de esta

manera están supeditados por la Ley de Extranjería 4/2000, reformada por la LO 8/2000, a que los extranjeros se encuentren legalmente en España, en concreto, el artículo 6, derecho a la libre circulación; artículo 7, reunión y manifestación; artículo 8, derecho de asociación; artículo 9, educación, libertad de enseñanza, creación y dirección de centros docentes; y artículo 10 libertad sindical y derecho de huelga. Es decir, que para ser titular de esos derechos el extranjero deberá haber cumplido los requisitos previstos para la estancia o residencia y obtenido la autorización administrativa.

El Tribunal Constitucional²⁰, interpretando el artículo 13.1 y el artículo 19 (derecho a la libertad de circulación), ha establecido que, si bien son derechos reconocidos por la Constitución Española en cuanto a su contenido, son derechos de configuración legal, por lo que pueden establecerse condicionantes al ejercicio de los derechos fundamentales por parte de los extranjeros, pero respetando los principios constitucionales. Ello supone que el derecho puede limitarse y es lícito que las leyes y los tratados modulen el ejercicio de ese derecho en función de la nacionalidad de las personas introduciendo tratamientos desiguales en los que se refiere al contenido del derecho (entrar o salir del territorio nacional, circular libremente por el mismo y elegir el lugar de residencia).

La doctrina y la jurisprudencia discutieron sobre el significado de la expresión “libertades públicas” y si esos derechos tenían naturaleza constitucional o no. La STC 107/1984 (paradigmática y siempre citada en el ámbito que ahora nos ocupa) reconoce el carácter de derechos constitucionales también para los extranjeros²¹.

¹⁹ Véase, STS, Sala Tercera, de 12 de noviembre de 1992 (La Ley Juris 5534-5/1993).

²⁰ STC 11/1987, de 12 de febrero (RTC 1987, 11).

²¹ La STC 107/1984, de 23 de noviembre, (RTC 1984, 107), no dice que los extranjeros gozarán en España de las libertades que les atribuyen los tratados y la ley, sino de las libertades

Por otra parte, el principio “*favor libertatis*” se sustenta en la presunción a favor de la libertad del ciudadano, presunción que define el Estado de Derecho como mandato a los poderes públicos. Su aplicación supone que cualquier exclusión de los extranjeros en la titularidad de las libertades públicas deberá de haber sido querida expresamente por el legislador, prevaleciendo en caso de duda el axioma de la mayor equiparación posible entre nacionales y extranjeros, que se recoge en el preámbulo de la Ley de Extranjería.

La doctrina constitucional (STC 107/1984) ha establecido un esquema de distinción entre los derechos fundamentales en orden a su atribución a los extranjeros. La distinción en tres grandes grupos de derechos proclama que los extranjeros gozan en nuestro país: “*a) en condiciones plenamente equiparables a los españoles, de aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y que resultan imprescindibles para la garantía de la dignidad humana (artículo 10.1 CE); b) por el contrario, no es posible el acceso a otro tipo de derechos, como los reconocidos en el artículo 23 CE, según dispone el artículo 13.2; c) y un tercer grupo integrado por aquellos derechos de los que podrán ser titulares en la medida y condiciones que se establezcan en los Tratados y Leyes, siendo admisible en tal caso que se fijen diferencias respecto a los nacionales*”²².

En un primer grupo estarán los derechos fundamentales compartidos por españoles y extranjeros; manifestación de la dignidad de la persona,

“*que garantiza el presente título en los términos que establezcan los tratados y la ley*”; de modo que los derechos y libertades reconocidos a los extranjeros siguen siendo derechos constitucionales y, por tanto, dotados de la protección constitucional, pero son todos ellos, sin excepción en cuanto a su contenido, derechos de configuración legal.

independientemente de que los extranjeros hubieran o no cumplido los requisitos administrativos para entrada o permanencia en España y cuya regulación ha de ser igual para ambos, por ser inherentes a su condición de personas, siendo titulares de tales derechos y libertades en condiciones de igualdad con los españoles.

Doctrinalmente estos derechos han sido denominados “incondicionales” en cuanto reconocidos a toda persona con independencia de su nacionalidad y de su condición regular²³. En este conjunto se encuadra junto al derecho a la vida, la integridad física y moral (artículo 15); la libertad ideológica, religiosa y de culto (artículo 16); el derecho a la libertad personal y a la seguridad (artículo 17); proclamando la jurisprudencia constitucional que “*el derecho a la libertad del artículo 17 CE, el cual es un derecho inherente a la persona humana, de aquellos que según la STC 107/1984 de 23 de noviembre, corresponde por igual a españoles y extranjeros*” (STC 115/87 y 169/2001 de 16 de julio); el derecho al honor e intimidad personal (artículo 18.1)²⁴; la libertad de expresión y de opinión (artículo 20); el principio de legalidad en materia sancionadora penal y administrativa (artículo 25.1 y 3), derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24); el derecho de los reclusos, sin que la norma constitucional efectúe distinciones por razón de la nacionalidad o situación del extranjero en España, a un trabajo remunerado y a los beneficios

²² STC 107/1984, de 23 de noviembre (RTC 1984, 107); STC 99/1985, de 30 de septiembre (RTC 1985, 99); STC 130/1995, de 11 de septiembre (RTC 1995, 130); y STC 95/2000, de 10 de abril (RTC 2000, 95).

²³ En este sentido VARONA MARTÍNEZ, G., *La inmigración irregular. Derechos y deberes humanos*, Vitoria, 1994; y SALINAS MOLINA, F., *El régimen de extranjería: Principios básicos de su normativa orgánica*, en Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 2002, pág. 87.

²⁴ En la STC 13/2001, de 29 de enero, (RTC 2001, 13) se establece “...la dignidad como rango o categoría de la persona como tal, del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor (artículo 18.1) no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza o sexo,

correspondientes de la Seguridad Social (artículo 25.2); el derecho a contraer matrimonio (artículo 32); y el derecho a la propiedad privada y a la herencia (artículo 33). A este grupo de derechos les podemos denominar “derechos innatos” y su atribución al extranjero depende de su condición humana²⁵.

Pero la igualdad de derechos fundamentales no quiere decir que el Estado no pueda constitucionalmente limitar alguno de ellos para los extranjeros, así lo entiende el Tribunal Constitucional²⁶.

En un segundo grupo podemos encuadrar los derechos exclusivos de los españoles (los reconocidos en el artículo 23 CE), o “derechos vinculados a la nacionalidad”, como son el derecho al sufragio activo y pasivo y el acceso a cargos públicos²⁷.

Y en un tercer grupo tenemos los derechos condicionales, en los que se tolera un tratamiento desigual entre nacionales y extranjeros, en función

opiniones o creencias, inviolabilidad de domicilio, secreto de comunicaciones y libertad frente al uso ilegítimo de la informática”.

²⁵ La interpretación y aplicación de las normas relativas a estos derechos fundamentales deben partir de los principios establecidos por la jurisprudencia constitucional, así STC 207/1996 de 16 de febrero (RTC 1996, 207) y STC 169/2001 de 16 de julio, (RTC 2001, 169), relativa esta última al derecho a la libertad personal de un extranjero, estableciendo: “*la legitimidad constitucional de cualquier injerencia del Poder Público en los derechos fundamentales requiere que haya sido autorizada o habilitada por una disposición con rango de Ley, y que la norma legal habilitadora de la injerencia reúna las condiciones mínimas suficientes requeridas por las exigencias de seguridad jurídica y certeza del derecho (...) La exigencia constitucional de proporcionalidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales requiere además de la previsibilidad legal, que sea una medida idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo*”.

²⁶ STC 107/1984, de 23 de noviembre (RTC 1984, 107) que sostiene “*que cuando el artículo 14 de la Constitución proclama el principio de igualdad, lo hace refiriéndose con exclusividad a los españoles. Son éstos quienes, de conformidad con la Constitución “son iguales ante la ley”, y no existe prescripción ninguna que extienda tal igualdad a los extranjeros*”.

²⁷ El Tribunal Supremo, Sala Tercera, en Sentencia de 20 de noviembre de 1990 (La Ley Juris 5773/1991) establece “*...que existiendo también derechos que no se reconocen a los extranjeros, según los artículos. 13.2 y 23 CE, y por último aquellos que pertenecen o no a la diferencia de trato en cuanto a su ejercicio por ser derechos de configuración legal que permiten prescindir o no como dato relevante para el ejercicio del Derecho, de la nacionalidad*

de lo que dispongan los tratados y las leyes, que denominaremos “derechos condicionados a la configuración legal”; entre ellos están los derechos del artículo 19, de entrada, circulación y residencia en España, que comprometen de manera directa la libertad personal de los extranjeros; el derecho de reunión, el derecho de asociación, el derecho de manifestación, y el derecho de sindicación y huelga²⁸. Respecto de estos derechos la cuestión más problemática es la distinción entre la posesión del derecho, que en la Ley se declara corresponder a todas las personas, y su ejercicio, que se asigna solo a quienes se encuentren legítimamente en nuestro país²⁹.

Doctrinalmente³⁰ se han venido clasificando los derechos y libertades, regulados en la normativa orgánica de extranjería, atendiendo al criterio de la situación de estancia o residencia del extranjero en España.

a) Derechos y libertades de los extranjeros con independencia de la situación de estancia o residencia legal en España.

Entre los derechos de los extranjeros con independencia de la situación de estancia o residencia legal cabe señalar los siguientes:

a) Derecho a la no discriminación, ex artículo 14 CE y artículos 23 y 24 LO 8/2000, con la expresa posibilidad de exigencia de tutela judicial a

o ciudadanía del titular, teniendo esta condición el derecho de entrada, residencia o trabajo en país distinto del suyo”.

²⁸ Según afirma la STC 107/1984, FJ 4 (RTC 1984, 107): “*estos derechos pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato en cuanto a su ejercicio*”.

²⁹ Sobre dicha cuestión se pronunció el Tribunal Constitucional en Sentencia 115/87, de 7 de julio (RTC 1987, 115).

³⁰ SALINAS MOLINA, F., *El régimen de extranjería: principios básicos de su normativa orgánica*, cit., pág. 89.

través del procedimiento ex artículo 53.2 CE³¹. Entendiendo por actos discriminatorios *“todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo político, económico, social o cultural”* (artículo 23.1 LO 4/2000).

b) Derecho a la documentación (artículo 4 LO 4/2000), que se reconoce a todos los extranjeros que se encuentren en territorio español con independencia de su estancia o residencia legal, regulando su derecho a conservar la acreditativa de su identidad y a obtener la de su situación en España³².

c) Derecho y deber a la educación obligatoria (artículo 27 CE), que comprende el acceso a una enseñanza básica, gratuita y obligatoria, y a la obtención de la titulación académica correspondiente (artículo 9.1 LO 4/2000).

d) Derecho a Seguridad Social derivada de riesgos profesionales. Aunque no regulado expresamente en la normativa de extranjería, tiene su

³¹ Establece el artículo 24 LO 8/2000: *“la tutela judicial contra cualquier práctica discriminatoria que comporte vulneración de derechos y libertades fundamentales podrá ser exigida por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 de la Constitución en los términos legalmente establecidos”*. Como establece el citado artículo 53.2: *“cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1.ª del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”*.

³² Dispone el artículo 4: *“los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y la obligación de conservar la documentación que acredite su identidad, expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación en España, y no podrán ser privados de su documentación, salvo en los supuestos y con los requisitos previstos en esta Ley y en la Ley 1/1992, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana”*.

fundamento en la normativa internacional, Convenio 19 de la Organización Internacional del Trabajo, que no establece diferencias entre extranjeros legales e ilegales en los riesgos derivados de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

e) Derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas (artículo 14.3 LO 4/2000), con independencia del carácter de su situación regular o irregular, todos los extranjeros en España tienen derecho a los servicios y prestaciones sociales básicas.

f) Derecho a la asistencia sanitaria (artículo 12. 2 a 4 LO 4/2000), que se reconoce también a los extranjeros, cualquiera que sea su situación de estancia o residencia legal en España, exigiéndose en algunos supuestos la condición de que estén inscritos en el padrón del municipio en que residan habitualmente, o en otros casos, sin condicionamiento alguno, como acontece en los supuestos de necesidad de asistencia sanitaria urgente o en atención a las embarazadas.

g) Derecho y obligación de contribuir al sostenimiento de los gastos públicos (artículo 31 CE), que no se condiciona expresamente en la legislación de extranjería a la situación de legalidad del extranjero en España, tal como dispone el artículo 15.1 LO 4/2000: “...*los extranjeros estará sujetos con carácter general a los mismos impuestos que los españoles...*”.

h) Derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE), y regulado en el artículo 20.1 de la LO 4/2000, debiendo comprender dentro de este derecho el de asistencia jurídica gratuita, regulado en el artículo 22 LO 4/2000³³.

³³ Este precepto, reformado por la LO 8/2000, se refiere a todos los procesos en que los extranjeros sean parte, en igualdad de condiciones que los españoles, pero se condicionaba a

b) Derechos y libertades regulados en la normativa orgánica de extranjería condicionados a la situación de estancia o residencia legal del extranjero en España

Entre los derechos y libertades de los extranjeros condicionados a la situación de estancia o residencia legal, es posible efectuar la siguiente enumeración:

a) Derechos de reunión y de manifestación (artículo 21 CE y artículo 7.1 LO 4/2000). El ejercicio de tales derechos se condiciona, tras la reforma por LO 8/2000, a que el extranjero obtenga autorización de estancia o residencia en España. Se preceptúa en la Ley que *“los extranjeros tendrán el derecho de reunión, conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”*³⁴.

que los extranjeros residentes acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar. Por otra parte, los extranjeros no residentes que se hallen en España y que pretendan litigar en los litigios civiles, penales, sociales, o administrativos, distintos a “la denegación de su entrada, devolución o expulsión o asilo”, no pueden gozar del derecho a la asistencia jurídica gratuita, por aplicación de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita 1/1996. Este artículo fue objeto de numerosas críticas, Dictamen 42/2001 de la Comisión Jurídica Asesora del Gobierno de Aragón sobre la Ley de Extranjería, Dictamen de la Comisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española (15-II-2001), Informe para la interposición del recurso de inconstitucionalidad presentado por Andalucía ACOGE. También el artículo 22.2 de la Ley 8/2000 fue objeto de recurso de inconstitucionalidad planteado por el PSOE, con base en los artículos 24 y 119 CE, y en interpretación del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos entiende que dentro del deber positivo del Estado de garantizar el acceso a los Tribunales, se encuentra su obligación de prever de asistencia jurídica gratuita cuando exista una insuficiencia de medios económicos.

³⁴ El artículo 7. 1 de la LO 8/2000 también fue objeto de recurso de inconstitucionalidad planteado por el PSOE, así como tachado de inconstitucional en dictamen emitido por el Consejo General del Poder Judicial (Pleno 26-VI- 2001), por la Comisión de Extranjería del Consejo General de la Abogacía Española (15-II-2001), y por otras asociaciones como Andalucía ACOGE, o por la Unión Progresista de Fiscales, invocando el artículo 11 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades fundamentales, en el que se establece que *“toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses”*.

b) Derecho de asociación (artículo 22 CE y artículo 8 LO 4/2000). Tras la reforma por LO 8/2000 el ejercicio del derecho de asociación se condiciona a que el extranjero obtenga “autorización de estancia o residencia en España”, al establecerse *“todos los extranjeros tendrán el derecho de asociación conforme a las leyes que lo regulan para los españoles y que podrán ejercer cuando obtengan autorización de estancia o residencia en España”*.

Los inmigrantes en situación irregular ven desconocido así su derecho de asociación, no sólo para constituir asociaciones sino también para afiliarse a ellas o para realizar las actividades correspondientes³⁵.

c) Derecho a la educación “no obligatoria” y a impartir enseñanzas (artículo 27 CE y artículo 10 LO 4/2000). Igualmente, tras la reforma por LO 8/2000, el derecho a la educación “no obligatoria” y el derecho a impartir enseñanzas en España se ha condicionado limitándolo a favor de los extranjeros residentes. Se dispone: *“Los extranjeros residentes tendrán derecho a la educación de naturaleza no obligatoria en las mismas condiciones que los españoles. En concreto tendrán derecho a acceder a los niveles de educación y enseñanza no previsto en el apartado anterior y a la obtención de las titulaciones que correspondan a cada caso, y al acceso al sistema público de becas y ayudas”* (artículo 10.3 LO 4/2000). Con respecto al derecho de los extranjeros a impartir enseñanzas en España, se dispone que solamente *“los extranjeros residentes podrán acceder al desempeño de actividades de carácter docente o de investigación científica de acuerdo con lo establecido en las disposiciones*

³⁵ Argumentos a favor y en contra de la constitucionalidad del precepto citado aparecen recogidos por SALINAS MOLINA, F., *El régimen de extranjería: principios básicos de su normativa orgánica*, cit., págs. 114 a 116.

vigentes. Asimismo podrán crear y dirigir centros de acuerdo con lo establecido en las disposiciones vigentes” (artículo 10.5 LO 4/2000).

d) Derechos de sindicación y de huelga (artículo 28.1 CE). En la normativa orgánica, tras la reforma por LO 8/2000, el derecho de sindicación solo se otorga a favor de los que “*obtengan autorización de estancia o residencia en España*” (artículo 11.1 LO 4/2000); y el derecho de huelga a favor de los extranjeros “*cuando estén autorizados a trabajar*” (artículo 11.2 LO 4/2000)³⁶.

e) Derecho al acceso al sistema público de ayudas en materia de vivienda. Este derecho se ha condicionado a favor de los extranjeros residentes en las mismas condiciones que los españoles (artículo 13 de la LO 4/2000, redacción dada por LO 8/2000), no siendo suficiente con que se encontraran “*inscritos en el padrón del municipio en el que residan habitualmente*”.

f) Derechos a la intimidad familiar y a la reagrupación familiar (artículo 18.1 CE y artículos 16 a 19 LO 4/2000). Ambos derechos se condicionan al limitarse a los extranjeros residentes, siendo criticable que el derecho fundamental a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1 CE pueda ser de exclusiva configuración legal, siendo que se dirige a proteger la esfera más privada e íntima de la persona ésta afecta por igual a todos los seres humanos, con independencia de su situación administrativa³⁷. Regula la ley 4/2000 el derecho a la intimidad familiar (artículo 18); los familiares reagrupables (artículo 17); el procedimiento

³⁶ Este precepto también fue objeto de recurso de inconstitucionalidad planteado por el PSOE y tachado de inconstitucionalidad en diversos dictámenes e informes, basándose en el reconocimiento de la libertad sindical como derecho de la persona y que según el Convenio 87 OIT (9-VII-1948), debe reconocerse a todos los trabajadores sin ninguna distinción, lo que incluye a los trabajadores extranjeros.

para la reagrupación familiar (artículo 18, introducido “ex novo” por la LO 8/2000); y los efectos de la reagrupación familiar en circunstancias especiales (artículo 19, introducido “ex novo” por la LO 8/2000). Esta materia es modificada por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la LO 4/2000, con la pretensión de acabar con las reagrupaciones familiares irregulares, fijando como núcleo familiar básico los ascendientes y descendientes, y tratando de eliminar el fenómeno de la reagrupación en cadena, al exigir a cada miembro de la unidad familiar tener su propio permiso para poder así regularizar en España a sus familiares³⁸. En el mismo sentido se regula en el nuevo Reglamento de ejecución, RD 2393/2004, de 30 de diciembre, el derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros residentes³⁹.

g) Derecho a prestar servicios laborales para Administraciones públicas (artículo 10.2 modificado por LO 8/2000). Se otorga solamente a favor de extranjeros residentes, pero se efectúa en *“igualdad de condiciones que los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea y de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad, así como el de publicidad”*.

³⁷ En ese sentido SALINAS MOLINA, F., *El régimen de extranjería: principios básicos de su normativa orgánica*, cit., pág. 122.

³⁸ Como presupuesto para el ejercicio por un residente de este derecho otorgado en virtud de una previa reagrupación se establece que éste sea, además, titular de una autorización de residencia independiente; prevé también la obligación de cumplir determinados requisitos concretos para el ejercicio de la reagrupación familiar en el caso de ascendientes previamente reagrupados. En este sentido, el texto prevé que cuando se trate de ascendientes reagrupados estos sólo podrán ejercitar a su vez el derecho de reagrupación familiar tras haber obtenido la condición de residentes permanentes y acrediten solvencia económica en los términos que reglamentariamente se establezcan.

³⁹ El artículo 39 del Reglamento aprobado por RD 2393/2004, establece que el extranjero podrá reagrupar a los siguientes familiares: Su cónyuge, sus hijos o los de su cónyuge, los menores de 18 años o incapaces, cuando el residente sea su representante legal, y sus ascendientes o los de su cónyuge. Asimismo se regula el procedimiento para la reagrupación familiar (artículo 42), la tramitación del visado en la reagrupación familiar (artículo 43), y la renovación de las autorizaciones de residencia en virtud de reagrupación familiar (artículo 44).

h) Derecho al trabajo, por cuenta propia o ajena (artículo 10.1 reformado por LO 8/2000). El derecho al trabajo en general se condiciona al cumplimiento de una serie de requisitos de conformidad con la legislación vigente. La LO 4/2000 regula en capítulo separado lo relativo al “permiso de trabajo y regímenes especiales” (artículos 36 a 43) que ha sido modificado por la LO 14/2003, de 20 de noviembre, estableciéndose la regla general en el artículo 36.1 en la que se exige a los extranjeros no comunitarios para poder trabajar “una autorización administrativa previa para trabajar”⁴⁰, existiendo entre los supuestos de excepción, el más genérico e importante el relativo a la inexigibilidad de permiso de trabajo con relación a los “extranjeros en situación de residencia permanente”, a la que tienen derecho los que hayan tenido residencia temporal durante cinco años “de forma continuada”, disponiéndose expresamente que “*la residencia permanente es la situación que autoriza a residir en España indefinidamente y trabajar en igualdad de condiciones que los españoles*” (artículos 41.3 y 32 LO 4/2000).

La LO 14/2003 ha supuesto una nueva reforma en los requisitos exigibles para acceder al trabajo a ciertos inmigrantes. Se suprimen los permisos de residencia por razones humanitarias, si bien se abre la posibilidad de que la Administración exima de visado de manera excepcional a los inmigrantes que estime oportunos; a éstos podrá darles una “autorización para trabajar”, nuevo concepto en la legislación española que sustituirá al tradicional permiso de trabajo, al prever la nueva norma en su disposición adicional única que “*todas las referencias al término*

⁴⁰ La anterior redacción del artículo 36 exigía dos condiciones, además del permiso de residencia o autorización de estancia, una autorización administrativa para el trabajo por cuenta propia y el permiso de trabajo en caso de trabajo por cuenta ajena.

permiso, incluidas en la LO 4/2000, serán sustituidas por el término autorización”⁴¹.

No es el momento de abordar la problemática de la incidencia de la posesión del permiso de trabajo en la validez del contrato de trabajo, ni del análisis de la jurisprudencia constitucional en la que se afirma que *“la existencia de una legislación que exige el requisito administrativo de la autorización de residencia para reconocer la capacidad de celebrar válidamente un contrato de trabajo, no se opone a la Constitución”⁴²*. Pero sí que se puede indicar sobre esta cuestión que no existe una norma legal expresa que disponga que la falta de autorización administrativa para trabajar comporte la ineficacia o nulidad del contrato de trabajo, sin perjuicio de las sanciones administrativas por la realización o aceptación de trabajo sin el correspondiente permiso. Hay que tener en cuenta que la normativa de extranjería tipifica como una infracción grave el *“encontrarse trabajando en España sin haber obtenido permiso de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia”* (artículo 53.b LO 4/2000), pudiendo esta infracción ser sancionable con multa o con expulsión del territorio nacional (artículo 57.1 LO 4/2000).

⁴¹ En el mismo sentido se desarrolla en el Reglamento de ejecución, RD 2393/2004, artículo 48, que dispone: *“Se halla en situación de residencia temporal, con autorización para trabajar, el extranjero mayor de 16 años autorizado a permanecer en España por un periodo superior a 90 días e inferior a cinco años, y a ejercer una actividad lucrativa, laboral o profesional, por cuenta propia o ajena”*. Se regula el procedimiento para conceder la autorización de residencia temporal y trabajo por cuenta ajena en los artículos 55 y ss. del RD 2393/2004.

⁴² STC 107/1984, de 23 de noviembre (RTC 1984, 107). También la jurisprudencia social viene tradicionalmente proclamando la nulidad del contrato de trabajo concertado sin la obtención de los permisos de residencia o trabajo correspondientes. Entre otras muchas, SSTS/Social de 27 de noviembre de 1990 (La Ley Juris 13498R/1991), de 15 de marzo de 1991 (recurso 688/1990, La Ley Juris 8927/1991), de 21 de marzo de 1997 (recurso 2086/1996, La Ley Juris 6286/1997).

j) Derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales (artículos 10.1 y 14 LO 4/2000). Los extranjeros “trabajadores” tienen reconocido el derecho a la Seguridad Social de conformidad con la legislación vigente, lo que comporta la equiparación plena a los trabajadores españoles⁴³.

En el caso de extranjeros que no accedan a la Seguridad Social por su condición de “trabajadores”, se condiciona expresamente su derecho a la Seguridad Social y a determinados servicios y prestaciones sociales a que reúnan el *status* de extranjeros residentes, aunque otorgando entonces tal derecho “en las mismas condiciones que los españoles”, y abarcando: a’) el derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social (artículo 14.1 LO 4/2000); b’) a los servicios y prestaciones sociales, tanto a las generales y básicas como a las específicas (artículo 14.2 LO 4/2000).

B) Derecho de libre circulación

Recogido este derecho en el artículo 19 CE, el cual establece: “*Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por todo el territorio nacional*”. En primer lugar, de este artículo se desprende que el derecho a la libertad y circulación y residencia se reconoce a los nacionales españoles en oposición a los extranjeros⁴⁴, y es evidente que la

⁴³ Los tratados internacionales reconocen el derecho a la Seguridad Social como derecho de toda persona, vinculado a la dignidad de la misma; así la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (artículo 22), el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales (artículo 9) o la Carta Social Europea (artículos 12 y 13).

⁴⁴ La STS, Sala 3ª, Sección Sexta, de 10 de junio de 2004 (Rec. 60/2003, La Ley Juris. 1695/2004), aborda la delimitación conceptual del alcance de la libertad de circulación como derecho fundamental de los ciudadanos y la concreción de si el mismo alcanza a los extranjeros. Señala la STS que “...*Es evidente que el artículo 19 de la CE reconoce solamente a los españoles el derecho a elegir libremente la residencia, a la libre circulación por el territorio nacional y a entrar y a salir libremente de España en los términos que la ley establezca y sin que este derecho pueda ser limitado por motivos políticos o ideológicos, con lo*

decisión de expulsar a una persona extranjera del territorio nacional y además prohibirle su regreso durante un lapso de tiempo afecta directamente a la libertad de circulación del artículo 19. Pero, con todo, un extranjero también puede ser titular del derecho fundamental de circulación.

La doctrina constitucional ha interpretado que *“resulta claro que los extranjeros son titulares de los derechos fundamentales a residir y a desplazarse libremente que recoge la Constitución en su artículo 19, si bien, en los términos que establezcan los tratados y la ley (artículo 13.1 CE)”*⁴⁵.

En principio podría incluirse entre los derechos regulados con independencia de la situación de estancia o residencia legal del extranjero en España, los derechos a la libertad de circulación por el territorio español y a elegir su residencia⁴⁶, pero la doctrina constitucional ha matizado que *“el hecho de que el artículo 19 CE no mencione expresamente a los extranjeros no significa que carezcan siempre y en todo caso del derecho a la libre circulación por el territorio español y, específicamente, que carezcan del derecho a salir del territorio español cuando han entrado en*

que quedan excluidos los extranjeros, en principio, de dichos derechos, exclusión que ha de ser matizada aplicando la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional de 22 de marzo de 1993...”.

⁴⁵ STC 116/1993, de 29 de marzo (RTC 1993, 116); STC 86/1996, de 21 de marzo (RTC 1996, 86); STC 24/2000, de 31 de enero (RTC 2000, 24) y STC 169/2001, de 16 de julio (RTC 2001, 169).

⁴⁶ La libertad de circulación a través de las fronteras del Estado y el derecho a residir dentro de ellas constituyen derechos que pertenecerán o no a los extranjeros según lo dispongan los tratados y las leyes, siendo entonces admisible la diferencia de trato con los españoles en cuanto a su ejercicio (STC 107/1984, de 23 de noviembre (RTC 1984, 107)).

él de forma lícita”⁴⁷, por lo que parece condicionar tal derecho a la existencia de una forma lícita de entrada del extranjero en España⁴⁸.

Las condiciones en que el extranjero ha de acceder a los derechos del artículo 19 han de ser determinados por el legislador, pero, una vez fijados legalmente, puede concluirse que los extranjeros que, por disposición legal o concesión, tienen derecho a residir en España, gozan de la protección del artículo 19 CE, aún cuando no sea en las mismas condiciones que los españoles, sino en las que determinan las leyes y tratados a los que se refiere el artículo 13.1. CE.

Ya en el preámbulo de la anterior Ley de Extranjería de 1985 se recogía entre sus objetivos la preocupación por reconocer a los extranjeros la máxima cota de derechos y libertades, cuyo ejercicio queda equiparado a la de los españoles, al tiempo que se introduce la necesidad de la intervención judicial en la revisión de determinadas resoluciones que conllevan la salida o expulsión de extranjeros, o que implican la privación de libertad como garantía de ésta. En la actual Ley de Extranjería 4/2000 y sus sucesivas reformas se recoge el ejercicio del derecho de circulación libre por el territorio nacional y residencia en el artículo 5, que establece: “1. Los extranjeros que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de esta Ley, tendrán derecho a circular libremente por el territorio español y a elegir su residencia sin más limitaciones que las establecidas con carácter general por los tratados y

⁴⁷ STC 169/2001, de 16 de julio (RTC 2001, 169).

⁴⁸ En el mismo sentido se expresa STC 242/1994, de 29 de julio 1994 (RTC 1994, 242), que destaca como “el artículo. 13 C.E. autoriza al legislador a establecer restricciones y limitaciones a los derechos fundamentales que los extranjeros puedan disfrutar en España, pero esta posibilidad no es incondicional. De entrada no podría afectar a aquellos derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal. Respecto al derecho de residencia y desplazamiento, la referencia a los españoles que hace el artículo. 19 C.E. no puede ser

las leyes, o las acordadas por la autoridad judicial, con carácter cautelar o en un proceso penal o de extradición en los que el extranjero tenga la condición de imputado, víctima o testigo, o como consecuencia de sentencia firme”.

De este artículo merece destacar la mención que se hace al Título II de la Ley, relativo al régimen jurídico de la situación de entrada de los extranjeros, y la necesidad de que el extranjero se encuentre ya en España. La primera condición para el reconocimiento de estos derechos es la permanencia o estancia legal; si un extranjero no se encuentra legalmente en España, no tiene reconocidos los derechos que se derivan de la capacidad de circular libremente por todo el territorio nacional o de residir en España. Los extranjeros que se hallen legalmente en España si que gozan de los derechos reconocidos en el artículo 19 CE y que se concretan en la posibilidad de circular y residir sin ser obstaculizados por los poderes públicos ni por los particulares y respetando el contenido esencial de esos derechos⁴⁹. En lo que se refiere al contenido de los derechos, comprende la facultad de desplazarse por el territorio nacional por vías de uso público, libertad de elegir residencia y domicilio, libertad para permanecer en el lugar de residencia pudiendo cambiar de domicilio y libertad para permanecer en el domicilio elegido.

entendida como una fórmula de exclusión de los extranjeros del ámbito subjetivo de dicho derecho fundamental”.

⁴⁹ Se hallan legalmente en España, de conformidad con la LO 4/2000, los que se hallen en alguna de las situaciones de estancia o residencia (temporal o permanente). Hay que tener en cuenta la Directiva 2003/109/CE, del Consejo, de 25 de noviembre 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración (DOCE de 23 de enero 2004) que establece que los Estados miembros concederán el estatuto de residente de larga duración a los nacionales de terceros países que hayan residido legal e ininterrumpidamente en su territorio dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la presentación de la solicitud correspondiente, siempre que acrediten disponer de recursos suficientes y de un seguro de enfermedad. El estatuto es permanente, salvo los supuestos previstos de sanción de retirada o pérdida del mismo.

Después del Tratado de la Unión Europea, el artículo 19 CE hay que entenderlo de forma más amplia, porque la dicotomía tradicional entre español y extranjero ha desaparecido. De entre los extranjeros hay que distinguir a los nacionales de los Estados miembros de la Unión Europea, nacionales comunitarios, que disfrutaban de un estatuto jurídico propio regulado en un primer momento por RD. 766/1992, de 26 de junio, y actualmente regulado por Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero sobre entrada y permanencia en España de nacionales de los estados miembros y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo⁵⁰, y los extranjeros extracomunitarios. En dicha normativa se instaura el libre paso de la frontera de los países de la Unión Europea, permitiendo el derecho de entrar, salir, circular y permanecer libremente en el territorio español (artículo 3 RD 178/2003). De esta manera la libertad de circulación y residencia no puede considerarse como derecho circunscrito solo al “territorio nacional”, sino que se extiende al ámbito comunitario. Esta libertad solo se limita por razones de orden público, de seguridad pública y de salud pública (artículo 16 RD 178/2003). Y es que el objetivo de la Unión Europea de querer hacer desaparecer las fronteras interiores para procurar la libre circulación de personas y mercancías por todo el territorio de la Unión lleva consigo la supresión de fronteras exteriores. El temor a la inmigración incontrolada lleva a los Estados a protegerse contra la misma y éste es el espíritu que presiden los acuerdos

⁵⁰ La entrada en vigor, el 1 de enero de 1994, del Acuerdo ratificado por España el 26 de noviembre de 1993, sobre el Espacio Económico Europeo, así como la necesaria adecuación del Real Decreto a la jurisprudencia emanada del Tribunal de Justicia de la Comunidades Europeas (asunto 287/83 Diatta contra Land Berlin) obligaron a modificar el Real Decreto 766/1992, por el Real Decreto 737/1995 de 5 de mayo, y por el Real Decreto 1710/1997, de 14 de noviembre. Además la firma el 28 de julio de 2000 por los Ministros del Interior de Francia, Alemania, Italia y España, de una Declaración en la que se comprometían a suprimir la obligación de

de Schengen de 1992⁵¹. Estos acuerdos suponen para los países comunitarios un reforzamiento de las fronteras exteriores y, por tanto, de los procedimientos de control de extranjeros en el momento de la entrada en territorio de unos de los Estados parte de la Unión Europea. Por lo tanto, respecto a los ciudadanos de la Unión Europea tienen reconocidos su derecho a la libre circulación dentro de las fronteras interiores de los países de la Unión. Su derecho sólo podrá ser limitado o restringido de conformidad a lo establecido por el derecho comunitario originario o derivado⁵².

En todo caso, no podrán ser objeto de internamiento, al no serles aplicable la Ley de extranjería más que de manera subsidiaria en los casos que no concurren los requisitos previstos en el Real Derecho y siempre que no contradigan o se opongan a los Tratados constitutivos de las Comunidades Europeas.

Pero este derecho a la libertad de circulación por el territorio español y a elegir su residencia reconocido a los extranjeros tiene limitaciones recogidas en el propio artículo 5.1 y 2. de la LO 4/2000. De la lectura de este artículo se puede decir que el legislador más que establecer la libertad

poseer una tarjeta de residencia en determinados supuestos obliga a introducir las correspondientes adaptaciones en el régimen contemplado en los Reales Decretos mencionados.

⁵¹ En este sentido se expresa PÉREZ VILLALOBOS, M.C., *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*; (coord. por Mercedes Moya Escudero), 2001, pág. 540.

⁵² En este sentido la STS, Sala Tercera, de 10 de junio 2004, (Rec. 60/2003, La Ley Juris 1695/2004), que resuelve la impugnación del Real Decreto 178/2003, de 14 de febrero, sobre salida, entrada y permanencia en España de los nacionales de la Unión Europea, el punto esencial deriva del “*artículo 8 del Tratado de la Unión Europea que reconoce el derecho de todo ciudadano de la Unión a circular y residir libremente en los territorios de los Estados miembros, conforme a las limitaciones y condiciones previstas en el presente Tratado y en las disposiciones adoptadas para su aplicación. De ello resulta que los límites impuestos a la circulación y residencia de los ciudadanos europeos serán los establecidos por el ordenamiento comunitario o, dicho de otra forma, que el ordenamiento propio del Estado miembro no podrá poner límites y condiciones no previstas en el Tratado y en esas disposiciones*”.

de circulación y residencia de los extranjeros, lo que ha querido es establecer los límites ya que después de reconocer el derecho lo que realmente hace es fijar sus límites. En tal sentido, esas limitaciones son: las dispuestas con carácter general por los tratados y las leyes, las acordadas por la autoridad judicial con carácter cautelar, las acordadas por la autoridad judicial en un proceso penal o en un proceso de extradición o como consecuencia de sentencia firme.

Mención especial merece la reforma introducida por la LO 8/2000, en el párrafo segundo del artículo 5, que autoriza al Ministerio del Interior a imponer de forma individualizada medidas limitativas del derecho, por razones de seguridad pública, de manera motivada y en proporción a las circunstancias que concurran en cada caso⁵³. Las medidas limitativas están tasadas en el mismo artículo 5.2 y consisten en la presentación periódica ante la autoridad competente, o en el alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente. En la práctica la situación de confinamiento prevista en el artículo citado es una subespecie del decretado por el Juez en un procedimiento penal previsto en el Código Penal⁵⁴.

También se concreta la duración de las mismas (*“no excederá del tiempo imprescindible y proporcional a la persistencia de las*

⁵³ El artículo 5.2 de la LO 8/2000 establece: *“No obstante, podrán establecerse medidas limitativas específicas cuando se acuerden en la declaración de estado de excepción o sitio en los términos previstos en la Constitución, y excepcionalmente por razones de seguridad pública, de forma individualizada, motivada y en proporción a las circunstancias que concurran en cada caso, por resolución del Ministerio de Interior, adoptada de acuerdo con las garantías jurídicas del procedimiento sancionador previsto en la ley. Las medidas limitativas, cuya duración no excederá del tiempo imprescindible y proporcional a la persistencia de las circunstancias que justificaron la adopción de las mismas, podrán consistir en la presentación periódica ante las autoridades competentes y en el alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente”*.

circunstancias que justificaron la adopción de las mismas") y la exigencia de proporcionalidad al decir: "*en proporción a las circunstancias que concurran en cada caso*" (artículo 5.2 LO 4/2000).

C) Derecho a la tutela judicial efectiva.

Regulado este derecho en el artículo 24. 1 CE, el cual establece: "*Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y Tribunales en el ejercicio de su derecho e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión*". Engloba y garantiza los derechos a todos, incluso a los extranjeros, se hallen o no residencia legalmente en España⁵⁵ y en concreto merece un apartado especial en las garantías del internamiento como veremos "ut supra" al analizar la legislación de Extranjería.

Doctrinalmente⁵⁶ se define el derecho a la tutela judicial efectiva como un derecho complejo integrado por una diversidad de elementos o, si se prefiere, un conjunto global de los diferentes derechos que asisten a las personas ante los órganos judiciales⁵⁷. Además el Tribunal Constitucional⁵⁸ ha precisado este concepto y ha derivado del precepto constitucional, entre

⁵⁴ SEGARRA TRÍAS, E., opina que es un trato discriminatorio hacia el extranjero, por cuanto la decisión no es adoptada por un Juez sino por el Ministerio del Interior, que será, así, Juez y parte. ("*La legislación sobre extranjería e inmigración...*", cit., pág. 159).

⁵⁵ STC 99/1985, de 30 de septiembre (RTC 1985, 99); STC 115/1987, de 7 de julio (RTC 1987, 115) y STC 95/2003, de 22 de mayo (RTC 2003, 95).

⁵⁶ GARCÍA MORILLO, J., *El Ordenamiento Constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, en "Derecho Constitucional", Vol. I, Valencia, Tirant lo Blanch, 1991.

⁵⁷ TORRES DEL MORAL, A., (*Principios de Derecho Constitucional Español*, Servicio de Publicaciones Universidad Complutense de Madrid, 3.^a edic., Madrid, 1992) comenta que se trata de una garantía de los demás derechos constitucionales, no conexo, sino autónomo y con un contenido propio, el cual es "*ciertamente complejo y, por eso, aunque las leyes procesales lo regulan copiosamente, ha obligado al Tribunal Constitucional a su delimitación casuística a través de su jurisprudencia en recursos de amparo*".

⁵⁸ STC 102/1984, de 12 de noviembre (RTC 1984, 102).

otros, el derecho de acceso a la justicia, el derecho a la doble instancia en materia penal, la existencia de motivación de las sentencias, el derecho a su ejecución, el principio “pro actione” o de interpretación más favorable para la efectividad del derecho constitucional del actor, la necesidad de que el Juez examine de oficio los requisitos procesales de orden público, la interpretación de la legitimación para recurrir en vía contenciosa exigiendo sólo un interés legítimo. Pero el Tribunal Constitucional ha precisado que la exclusión legal de ciertos recursos, su limitación o el establecimiento de requisitos no es necesariamente incompatible con el artículo 24 CE.

La Jurisprudencia y doctrina constitucional⁵⁹ reconocen que la tutela judicial efectiva es uno de los denominados “derechos inherentes a la condición humana” (artículo 10.1 CE)⁶⁰, asimismo corresponde por igual a españoles y extranjeros, y su regulación ha de ser igual para ambos. Es un derecho del que se benefician todos los extranjeros, tanto si se hallan en España como en el extranjero⁶¹. En cuanto al contenido del derecho, también es de plena aplicación a los extranjeros⁶². Como recuerda la STC

⁵⁹ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 12 de noviembre de 1992 (La Ley Juris 5534-5/1993), y STC 99/1985, de 30 de septiembre (RTC 1985, 99); STC 107/1984, de 23 de noviembre (RTC 1984, 107); STC 115/1987, de 7 de julio (RTC 1987, 115).

⁶⁰ Conforme establece el Tribunal Constitucional (STC 91/2000, de 30 de marzo (RTC 2000/91)) “la dignidad humana representa el compendio incontrovertible de los derechos humanos proclamados en los textos internacionales, es el “*mínimum*” invulnerable que todo estatuto jurídico debe asegurar”.

⁶¹ STC 99/1985, de 30 de septiembre (RTC 1985, 99), que establece: “El derecho a la tutela judicial efectiva se encuentra entre los derechos que pertenecen a la persona en cuanto tal y no como ciudadano, y corresponde por igual a españoles y extranjeros y cuya regulación ha de ser igual para ambos(...)Ello es así no solo por la dicción literal del citado artículo(todas las personas) sino porque a esa misma conclusión se llega interpretándolo, según exige el Artículo 10.2 CE, de conformidad con el Artículo 6.1 del Convenio de Roma de 4 de noviembre de 1950”.

⁶² STC 24/1981, de 14 de julio (RTC 1981, 24) y STC 4/1988, de 21 de enero (RTC 1988, 4) que establece: “El derecho fundamental acogido en el artículo 24.1 CE de obtener la tutela efectiva de los Jueces y Tribunales, comporta la exigencia de que en ningún caso se pueda producir indefensión”.

324/1994⁶³, “*el derecho a la tutela judicial efectiva se satisface con la respuesta jurídicamente fundada, motivada y razonable de los órganos jurisdiccionales a las pretensiones de quien acude a ellos para la defensa de sus intereses*”. Cabe constatar la vulneración de este derecho fundamental cuando se priva a su titular del acceso a la jurisdicción⁶⁴, cuando, personado ante ella, no obtiene respuesta o ésta carece de fundamento jurídico o es arbitrario⁶⁵, o cuando obteniendo respuesta jurídica fundada, el fallo judicial no se cumple⁶⁶.

En la legislación de extranjería, tras la reforma por LO 8/2000, aparece recogida la tutela judicial efectiva como “*garantía jurídica*” del Título I “*Derechos y libertades de los extranjeros*” en el artículo 20.1 que establece: “*Los extranjeros tienen derecho a la tutela judicial efectiva*”.

Una serie de derechos, vinculados con la tutela judicial efectiva, son sustentados y pueden ejercitar todos los extranjeros en igualdad de condiciones como los ciudadanos españoles, en concreto:

⁶³ STC 324/1994, de 1 de diciembre, FJ. 2, (RTC 1994, 324).

⁶⁴ Entre otras STC 63/1985, de 10 de mayo (RTC 1985, 63); STC 34/1994, de 31 de enero (RTC 1994, 34) y STC 37/1995, de 7 de febrero (RTC 1995, 37). La doctrina sentada a partir de esta última sentencia distingue el acceso a la jurisdicción del acceso al recurso. Mientras que el derecho a la obtención de una resolución judicial razonada y fundada goza de una protección constitucional en el artículo 24.1 CE, el derecho a la revisión de esa resolución es, en principio, un derecho de configuración legal. La interpretación de las normas que establecen causas de inadmisión de recursos es competencia exclusiva de Jueces y Tribunales ordinarios, sin que en el ejercicio de la misma el artículo 24.1 CE les imponga más limitaciones que las derivadas del error, la arbitrariedad o la irrazonabilidad (STC 88/1997, de 5 de mayo (RTC 1997, 88); STC 258/2000, de 30 de octubre (RTC 2000, 258); STC 181/2001, de 17 de septiembre (RTC 2001, 181) y STC 91/2002, de 22 de abril (RTC 2002, 91).

⁶⁵ STC 22/1994, de 27 de enero (RTC 1994, 22); STC 32/2002, de 11 de febrero (RTC 2002, 32) que establece: “*El artículo 24.1 CE no ampara el acierto de las resoluciones judiciales; la selección e interpretación de la norma aplicable corresponde en exclusiva a los órganos judiciales, y el control del Tribunal Constitucional ha de limitarse a aquellos supuestos en los cuales la resolución judicial sea manifiestamente infundada, arbitraria, irrazonable o fruto de un error patente*”.

⁶⁶ STC 26/1983, de 13 de abril (RTC 1983, 26).

a') El derecho a la tutela judicial efectiva que se proclama en términos generales (artículo 20.1 LO 4/2000), y con específico reconocimiento expreso de legitimación para intervenir en los procesos contencioso-administrativos, en materia de extranjería⁶⁷. Junto a las garantías en los procedimientos administrativos, la LO 4/2000 regula en los apartados 3 y 4 del artículo 20, la legitimación en vía administrativa y contencioso-administrativa de las organizaciones constituidas legalmente en España para la defensa de los inmigrantes.

b') El derecho al procedimiento administrativo con todas sus garantías (publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación)⁶⁸. La exigencia de motivación de los actos administrativos constituye una constante en nuestro ordenamiento jurídico (artículo 52 Ley Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas). Motivación que, a su vez, es consecuencia de los principios de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad enunciados en el apartado 3 del artículo 9 CE.

Se ha venido destacando tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, la estrecha conexión entre el requisito de la motivación y el derecho de defensa⁶⁹. La excepción se da en el supuesto previsto en el

⁶⁷ La STC 36/2000, de 14 de febrero (RTC 2000, 36), reconoce la posibilidad de extender el derecho a la tutela judicial efectiva a las garantías de defensa en el procedimiento administrativo. También el Tribunal Constitucional ha destacado la posibilidad de que el artículo 24.1 resulte vulnerado por los actos dictados por órgano no judiciales, pero sólo “*en aquellos casos que no se permita al interesado, o se le dificulte, el acceso a los Tribunales*”(STC 123/1987, de 1 de julio (RTC 1987, 123) y STC 243/1988, de 19 de diciembre (RTC 1988, 243).

⁶⁸ Establece el artículo 20.2 LO 4/2000: “*Los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a publicidad de normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones, salvo lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley*”.

⁶⁹ La STS, Sala III de lo Contencioso-administrativo, de 14 de marzo de 1995 (La Ley Juris 16772R/1995), advierte que la falta de explicación objetiva de las resoluciones administrativas

artículo 27 LO 4/2000, en materia de visados; si bien la exigencia de “motivación” para la denegación de visados solo se preceptúa tras la reforma por LO 8/2000, con relación a los de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena (artículos 20.2 y 27.5 LO 4/2000)⁷⁰.

Especialmente debe destacarse que las resoluciones gubernativas adoptadas como medidas sancionadoras respecto a ciudadanos extranjeros por aplicación de la Legislación sobre extranjería han de respetar plenamente todo el juego de garantías implícito en el artículo 24 CE. Por otra parte, existen muchas sentencias del Tribunal Supremo en las que se observa ya una doctrina consolidada en materia de garantías del procedimiento sobre cuestiones de extranjería. Así, son bastantes las resoluciones en que se procede a la anulación de sanciones administrativas de expulsión por insuficiencia en la acreditación de los hechos⁷¹, defectos en la notificación⁷², falta de propuesta de resolución⁷³, o falta de audiencia⁷⁴.

c) El derecho al recurso contra los actos y resoluciones administrativas, las que aún adoptadas con relación a los extranjeros serán recurribles con arreglo a lo dispuesto en las leyes, aplicándose con carácter

que permita formular oposición con cabal conocimiento de sus posibilidades impugnatorias, constituye una práctica indefensión susceptible de acarrear la nulidad del acto. En el mismo sentido la STS, Sala III, de 15 de abril de 2000 (la Ley Juris 8888/2000).

⁷⁰ En el artículo 27 apartado 5 se señala: “*La denegación del visado deberá ser motivada cuando se trate de visados de residencia para reagrupación familiar o para el trabajo por cuenta ajena*”, por lo que, “*a contrario sensu*” en las demás denegaciones de visados el requisito de la motivación no resultaría exigible.

⁷¹ SSTS, Sala III de lo Contencioso-administrativo, de 27 de mayo de 1991 (La Ley Juris 11183/1991); de 25 de febrero de 1992 (La Ley Juris 7033/1992); de 10 de junio de 1994 (La Ley Juris 1219708/1994); y de 7 de noviembre de 1999 (La Ley Juris 4641/2000).

⁷² STS, Sala III de lo Contencioso-administrativo, de 20 de septiembre de 1993 (La Ley Juris 4552/1994).

⁷³ STS, Sala III, de 10 de marzo de 1992 (La Ley Juris 4807/1992).

⁷⁴ STS, Sala III, de 27 de junio de 1989 (La Ley Juris 104192-JF/00).

general el régimen ordinario respecto a la ejecutividad de los actos administrativos “*salvo lo dispuesto en esta Ley para la tramitación de expedientes de expulsión con carácter preferente*” (artículo 21.2 en relación con los artículos 63, 64 y 65 LO 4/2000).

d') El derecho a la asistencia jurídica gratuita, por adición expresa de la LO 8/2000, de los extranjeros “*que se hallen en España y carezcan de recursos económicos suficientes*”, conforme a lo previsto en el artículo 22.1 LO 4/2000, pero sólo y exclusivamente con relación a “*los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio español y en todos los procedimientos en materia de asilo*”⁷⁵. Para los extranjeros residentes que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar se les reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita como los españoles en cualquier clase de procedimiento judicial. Este artículo ha sido objeto de críticas doctrinales⁷⁶ y de recursos de inconstitucionalidad⁷⁷.

La situación jurídica ha cambiado tras la STC 95/2003, de 22 de mayo de 2003⁷⁸. Esta sentencia declara que es inconstitucional restringir el

⁷⁵ En el procedimiento preferente de expulsión se matiza que “*en los supuestos en que se haya procedido a la detención preventiva del extranjero, éste tendrá derecho a asistencia letrada que se le proporcionará de oficio, en su caso, y a ser asistido por intérprete, y de forma gratuita en el caso de que careciese de medios económicos*”(artículo 63.2 LO 4/2000).

⁷⁶ ESPLUGUES MOTA, C., *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*, (con DE LORENZO SEGRELLES, M.) cit., pág. 171.

⁷⁷ Se planteó recurso de inconstitucionalidad por diversos colectivos, como ANDALUCÍA ACOGE, y PSOE, por no respetar el derecho a la tutela judicial efectiva recogida en el artículo 24 CE. Se alegaba precisamente entre los motivos de inconstitucionalidad la negación de la asistencia jurídica gratuita a los extranjeros no residentes establecida en el artículo 22.2 y el hecho de que este régimen jurídico estaba pendiente de recurso contra la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita.

⁷⁸ Esta Sentencia resuelve el recurso 1555/96, interpuesto por el Defensor del Pueblo contra el inciso del apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, inciso que, en el caso de los extranjeros, restringe la aplicación del beneficio de justicia gratuita en todos los ordenes jurisdiccionales a aquellos “*que residan legalmente en España*”. En concreto la sentencia declara nulo el inciso “*legalmente*” previsto en artículo 2, a), así como la expresión “*residan*” que se debe interpretar conforme a la citada Sentencia.

derecho de asistencia jurídica gratuita a quienes residan legalmente en España, así como a los que “se hallen en territorio español” siempre que se acredite insuficiencia de recursos para litigar; y lo es “*porque los derechos inherentes a la condición humana deben ser garantizados en régimen de igualdad entre ciudadanos y extranjeros y el derecho a la tutela judicial efectiva es uno de ellos*”⁷⁹.

Este derecho será tratado con mayor profundidad en otro capítulo.

Por otra parte, el derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24.1 CE también comprende los derechos procesales reconocidos por el artículo 24.2 CE: Derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de Letrado, a ser informado de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes, a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a la presunción de inocencia. Como señala la STC 324/1994⁸⁰, “*la íntima relación existente entre los derechos proclamados en los dos apartados del artículo 24 CE resulta fuera de toda duda*”⁸¹.

También los derechos procesales del artículo 24.2 CE se reflejan, de forma directa o indirecta, en materia de procedimiento administrativo sancionador, y benefician a todos los extranjeros, siendo, en síntesis, los siguientes: derecho a la defensa y asistencia de Letrado; derecho a ser informado de las acusaciones; derecho a utilizar los medios de prueba; derecho a intérprete, derecho a la audiencia del interesado y derecho a la

⁷⁹ STC 95/2003, 22 de mayo, FJ 7 (RTC 2003, 95).

⁸⁰ STC 324/1994, de 1 de diciembre (RTC 1994, 324).

⁸¹ Como afirmaba la STC 46/1982, de 12 de julio, FJ 2 (RTC 1982, 46): “*el artículo 24.2 también asegura la “tutela judicial”, pero lo hace a través del correcto juego de los instrumentos procesales, mientras que el artículo 24.1 asegura la tutela judicial mediante el acceso mismo al proceso*”.

presunción de inocencia⁸², los cuales deben ser tenidos en cuenta para el régimen sancionador en materia de extranjería. Por lo tanto, también las garantías constitucionales a “un proceso debido” se deben aplicar a los extranjeros.

En definitiva, aplicando la doctrina del Tribunal Constitucional, de manera casuística, podríamos delimitar el contenido de la tutela judicial efectiva por los siguientes aspectos:

a) El derecho a la jurisdicción, que se concreta en el derecho a ser parte en un proceso y a poder promover la actividad jurisdiccional⁸³.

b) El derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho, si bien esta resolución puede ser de inadmisión, si así procede. Además ello implica que en la adopción de la resolución se apliquen las normas pertinentes y no las derogadas, inconstitucionales o inaplicables⁸⁴.

c) El derecho a la interpretación del sistema procesal de modo antiformalista, teniendo en cuenta que no toda irregularidad formal es obstáculo insalvable para la prosecución del proceso, especialmente en los supuestos en que la ley no lo determina de forma taxativa⁸⁵.

d) El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, es decir, que el proceso se desarrolle dentro los razonables términos temporales, tomando en consideración la complejidad del litigio, la conducta de las autoridades competentes, el posible exceso de trabajo del Tribunal, etc.⁸⁶

⁸² STC 18/1981, de 8 de junio (RTC 1981, 18); STC 120/1996, de 8 de julio (RTC 1996, 120), STC 14/1999, de 22 de febrero (RTC 1999, 14); STC 291/2000, de 30 de noviembre (RTC 2000, 291) y STC 54/2003, de 24 de marzo (RTC 2003, 54).

⁸³ STC 115/1984, de 3 de diciembre (RTC 1984, 115).

⁸⁴ STC 18/1981, de 8 de junio (RTC 1981, 18); STC 1/1987, de 14 de enero (RTC 1987, 1).

⁸⁵ STC 102/1984, de 12 de noviembre (RTC 1984, 102); STC 69/1987, de 22 de mayo (RTC 1987, 69).

⁸⁶ STC 198/1987, de 14 de diciembre (RTC 1987, 198); STC 34/1988, de 1 de marzo (RTC 1988, 34).

e) El derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales⁸⁷.

f) El derecho al recurso, especificado en el que las normas hayan establecido para el caso concreto en cada ley de enjuiciamiento de los distintos órdenes jurisdiccionales⁸⁸.

II. **NORMATIVA ORGÁNICA SOBRE EXTRANJERÍA**

Con anterioridad a la aprobación de la Constitución Española no existía una decidida política de inmigración ni se consideraba necesario una regulación de los flujos migratorios que llegaban a España procedentes de terceros países.

Como antecedente histórico en materia de extranjería podemos mencionar el Decreto de Extranjería de 1852, de carácter administrativo. Con la Constitución de 1931 se establece en su artículo 31.3 que una ley regularía la expulsión de los extranjeros del territorio nacional, las normas dictadas al amparo de tal precepto dejarían de ser administrativas para adquirir carácter de “orden público”, así ocurrió con la Ley de Orden Público de 1933, que regulaba todo el régimen de los extranjeros. Tras la guerra civil, en la época del régimen autoritario, se sigue con la misma técnica y se promulgó la ley de igual naturaleza de 1959.

Fue a partir de la Constitución de 1978 cuando se intentaron acomodar las disposiciones legales en materia de extranjería a lo previsto en el artículo 13 de la Constitución. La primera ley que se aprobó en esta materia fue la Ley de Asilo y de la Condición de Refugiado de 26 de marzo de 1984, y su Reglamento de 10 de febrero de 1985, que desarrolla el

⁸⁷ STC 26/1983, de 13 de abril (RTC 1983, 26).

⁸⁸ STC 37/1995, de 7 de febrero (RTC 1995, 37).

artículo 13.4 de la Constitución. La citada ley se basa en la máxima protección hacia el asilado y refugiado por motivos políticos, basándose en los derechos humanos inspiradores de la Constitución⁸⁹, y en la misma se tuvieron en cuenta los Tratados firmados por España y ,sobre todo, el Convenio de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados.

1. LEY ORGÁNICA 7/1985 DE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS.

La primera ley que intenta desarrollar el artículo 13.1 CE es la Ley Orgánica 7/1985 de 1 de julio denominada Ley Orgánica de Derechos y Libertades de los Extranjeros, más conocida por Ley de Extranjería. La finalidad de la ley era establecer un censo real de los extranjeros que vivían en España y además aplicar medidas que favorecieran la expulsión de los que se encontraran en situación ilegal o irregular⁹⁰. La entrada en vigor de la ley trajo consigo un gran revuelo entre los extranjeros que vivían en España, puesto que muchos de ellos con la aplicación de la ley se convertían en ilegales o irregulares, pudiendo ser expulsados por el Gobierno al hallarse en nuestro territorio “sin papeles” o de forma irregular, y además privados de los derechos que la ley concedía solamente a los residentes legales. Por su situación legal en nuestro país, la LO 7/85 distinguía entre los extranjeros legales, aquellos que cumplían con los requisitos exigidos por la ley; e ilegales, que carecían de dicha situación⁹¹. También pudiera pensarse que los segundos podían estar documentados o

⁸⁹ SEGARRA TRÍAS, E., *La legislación sobre extranjería e inmigración...*, cit, pág.125.

⁹⁰ SEGARRA TRÍAS, E., *La legislación sobre extranjería...*, cit., pág. 126.

⁹¹ Así se deducía del artículo 11.3 de la LO 7/85, mientras que en el apartado 4º establecía que se “*se considerará ilegal toda forma de entrada en el territorio nacional en la que no*

indocumentados, puesto que el extranjero puede tener documentación y sin embargo encontrarse en situación ilegal.

El requisito de la legalidad en la entrada a España o residencia en el país determinaba el goce y ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidas en la legislación de extranjería. Para paliar esta situación se iniciaron una serie de “regularizaciones” como forma de legalizar a los “ilegales o irregulares”. Los sucesivos gobiernos iniciaron sucesivos procesos de regularizaciones extraordinarios que tampoco dieron solución a todos los extranjeros que querían trabajar y vivir en España, permaneciendo de manera “ilegal”, por falta de diligencia en completar su documentación o por ineficacia de la Administración en tramitar los permisos solicitados. Estos procesos fueron criticados por sindicatos y por diversas ONG, pero el peor efecto de estas sucesivas regularizaciones fue el “efecto llamada” que supuso en otros extranjeros que acudían a España, favoreciendo la actuación de las mafias y redes irregulares de traficantes de seres humanos.

En la citada Ley se permitía la detención del extranjero “con carácter preventivo o cautelar mientras se sustanciaba el expediente de expulsión” y su posterior internamiento en centros de detención hasta un máximo de cuarenta días en los supuestos de los apartados a,c y f del artículo 26.1 de la Ley 7/1985, que más adelante analizaremos.

La Ley 7/1985, de Extranjería, fue desarrollada por el Reglamento aprobado por RD 1199/86 de 26 de mayo, que recogía todos los principios inspiradores de la Ley, estableciendo de manera restrictiva los derechos de

concurran las circunstancias descritas”, salvo lo que dispone el artículo 12.4 de la Ley y 13.2 del Reglamento de 1996, para casos de urgencia o de necesidad.

que podían gozar los extranjeros que se hallaban en el territorio español de manera legal.

Las contradicciones y disfunciones que la aplicación de la ley de extranjería producía supuso un debate político y creó un ambiente en la sociedad que postulaba una nueva reglamentación en la regulación del trabajo de los inmigrantes irregulares, unido ello a los problemas de la implantación de los cupos o contingentes de trabajadores a partir de 1993, hizo que se aprobara un nuevo Reglamento de la Ley Orgánica de Extranjería por RD 155/96, de 2 de febrero (sin modificar la Ley Orgánica 7/85). En el nuevo reglamento se contempla al inmigrante desde una perspectiva de su presencia temporal, y toda su estancia se basa en unos tipos de permisos de residencia y trabajo, temporales y limitados. Importando más el carácter policial o laboral de la vida del extranjero, que su arraigo e integración en la sociedad en que vive⁹².

Como complemento de esta legislación se dictó el Real Decreto 1099/1986, sobre “Entrada, permanencia y trabajo en España de los nacionales de los estados miembros de las Comunidades Europeas”, necesario tras la entrada de España en las Comunidades Europeas, y que suponía un *status* de extranjería privilegiado a los nacionales de los estados miembros de la CEE⁹³.

2. LEY ORGÁNICA 4/2000 SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL.

⁹² SEGARRA TRÍAS, E., *La legislación sobre extranjería...*, cit., pág. 129.

⁹³ El Real Decreto 766/1992, de 28 de junio, modificó definitivamente el régimen de entrada, permanencia y trabajo de la Unión Europea y otros Estados parte en el Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo.

A partir de 1998 podemos decir que empieza a gestarse otra etapa en la legislación de extranjería. La opinión pública y los partidos políticos estiman que la legislación de extranjería no puede controlar ni los flujos migratorios hacia nuestro país ni la caótica situación de los extranjeros e inmigrantes en España. A pesar de las restricciones a la libre entrada de extranjeros continúa afluyendo emigración clandestina, produciéndose un tráfico humano en dramáticas situaciones, las pateras llegan a nuestras costas en el Estrecho de Gibraltar y Canarias en pésimas condiciones inhumanas y siendo objeto de un tráfico ilegal de seres humanos. Todos los grupos parlamentarios deciden elaborar una nueva ley que desarrolle la “equiparación restringida” prevista en el artículo 13.1 CE, y estableciendo un nuevo *status* para el extranjero.

La nueva legislación se aprobó por Ley Orgánica 4/2000, de 12 enero, sobre Derechos y Libertades de los extranjeros en España y su integración social⁹⁴. Esta ley pretendía que los extranjeros que se establecieran en España se equipararan a efectos constitucionales a los españoles. Las principales modificaciones de la nueva ley, en resumen, fueron las siguientes: a) Derecho de asistencia jurídica gratuita, incluyendo a los inmigrantes en situación irregular; b) Derecho de acceso a la sanidad para los inmigrantes regulares e irregulares que estén empadronados en el municipio de residencia; c) Reconocimiento expreso del derecho de huelga, sindicación, asociación y reunión; d) Reconocimiento expreso del derecho de todos los menores a la educación; e) Reconocimiento del derecho de reagrupación familiar para los inmigrantes en situación regular;

⁹⁴ La ley se aprobó con intervención y enmiendas de todos los grupos parlamentarios y con un amplio consenso, pero en contra del Partido Popular, que tenía mayoría relativa parlamentaria. De hecho este partido incluyó en su programa electoral de las elecciones generales del 2000 la reforma de la ley.

f) Denegación expresa y motivada de visados; g) Mecanismo de regularización permanente para los inmigrantes irregulares que lleven dos años empadronados y cuenten con medios de vida suficientes; h) Residencia permanente no sujeta a la renovación a partir de los cinco años; i) La falta de documentación se considera como infracción grave, sancionada con multa⁹⁵. La nueva ley supuso un claro avance en la situación jurídica de los extranjeros, ampliando el reconocimiento de derechos, introduciendo un control más efectivo de la actuación administrativa y estableciendo cauces permanentes para la obtención de permisos de residencia y trabajo, sobre todo para las personas que se encontraban en situación irregular⁹⁶. Tras la aprobación de la ley se estableció un proceso de regularización excepcional para los inmigrantes que hubieran entrado en el territorio español antes del 1 de junio de 1999 y que pudieran demostrar haber solicitado un permiso de residencia o trabajo⁹⁷. La regularización es una técnica legislativa utilizada en nuestro país que se utiliza por la aparición constante e incontrolada de bolsas de extranjeros, con la finalidad de controlar cuantos extranjeros se hallan en el país, de forma efectiva, y con independencia de su situación regular o irregular, así como documentar y controlar su estancia, residencia y trabajo de la inmigración. La regularización va dirigida a los extranjeros que ya están en nuestro país, para intentar controlar a los extranjeros que se hallen de forma irregular o han entrado ilegalmente en España.

⁹⁵ Para un estudio detallado de los derechos y libertades de los extranjeros en España a partir de las leyes de extranjería de 2000, ver: AGUELO NAVARRO, P./ ALVAREZ RODRIGUEZ, A., *Ley de extranjería*. Zaragoza. Colegio de Abogados de Zaragoza. 2000, pág. 56. SEGARRA TRÍAS, E., *La legislación sobre extranjería...*, cit., pág. 143 y ss.

⁹⁶ RELAÑO PASTOR, E., "Sancionar al inmigrante o proteger las fronteras?: Un análisis crítico de la Ley de Extranjería 14/2003, de 20 de noviembre, y la política de inmigración común de la Unión Europea (I)". Revista jurídica La Ley, número 6017, pág.2.

Tras la entrada en vigor de la LO 4/2000 nos encontramos dos situaciones distintas pero que eran confundidas por las autoridades administrativas:

a) *Extranjeros ilegales*. Que son los que no cumplen los requisitos de la nueva legislación para ajustar su situación legal y que no podrán alcanzarla por haber entrado ilegalmente en España, o por ser objeto de un expediente de expulsión.

b) *Extranjeros irregulares*. Que son los que pueden obtener los permisos por tener objetivamente los requisitos administrativos para regularizar su situación en España. La irregularidad puede ser sobrevenida por culpa del propio interesado o por dilaciones causadas por la propia Administración en la tramitación o renovación de sus permisos. Estos extranjeros son los que pueden acogerse a procedimientos para regularizar su situación en España. También son irregulares y están ilegalmente en España los expulsados cuya orden de ejecución no se ha llevado a cabo.

Asimismo se creó en el mismo año la Delegación del Gobierno para la Extranjería y la Inmigración, dependiente del Ministerio del Interior y que consta de una Dirección General y cuatro subdirecciones de Coordinación, Policía y Guardia Civil, Asuntos Sociales, Exteriores y Sanidad.

⁹⁷ Al terminar el proceso de regularización, en diciembre de 2000, se habían presentado 246.089 solicitudes.

3. LEY ORGÁNICA 8/2000 DE REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL.

El Gobierno del Partido Popular, con mayoría absoluta tras las elecciones de marzo de 2000, presenta un nuevo proyecto de Ley de Extranjería en junio de 2000⁹⁸. El empeño en reformar la ley fue una decisión política unilateral justificada en los argumentos de reducir el “efecto llamada” provocado por los beneficios para los extranjeros recogidos en la LO 4/2000 y las orientaciones de la Unión Europea⁹⁹ así como la lucha contra las mafias y evitar el tráfico ilegal de personas. En la Exposición de Motivos se justificaba la reforma porque en los nueve meses de vigencia de la ley se habían superado las previsiones de la norma, y por la necesidad de la adaptación de la legislación española a las conclusiones de los Estados miembros de la Unión Europea en la Cumbre de Tampere de octubre de 1999¹⁰⁰, así como el convenio de Schengen sobre régimen de

⁹⁸ La sucesión normativa en tan corto espacio de tiempo se debe a las vicisitudes parlamentarias de la Ley 4/2000. El proyecto de esta Ley fue precedido de un amplio consenso que se rompe en el Senado con una votación en la que el partido del gobierno votó solo y esto trajo como consecuencia que cuando el Proyecto volvió al Congreso para la votación final del conjunto del proyecto se rechazaran las enmiendas introducidas en el Senado. Esto motiva que con la nueva legislatura se elaborase y tramitase un proyecto nuevo, que asume la parte de las enmiendas que fueron rechazadas en el Senado en la tramitación del Proyecto anterior y es el que se aprueba por Ley Orgánica 8/2000.

⁹⁹ Respecto a la primera justificación carece de análisis riguroso. El efecto contrario del conocido como “efecto llamada”, difundido por el Ministerio del Interior, debería haber provocado una reacción inversa, disminuyendo las entradas, sin embargo, no pareció ocurrir. En los primeros seis meses de 2001, las detenciones se incrementaron en un 30%. En cuanto a la segunda razón, las directrices de la Unión Europea recibieron fuertes críticas dentro de sus propias instituciones.

¹⁰⁰ Al proponerse la modificación de la LO 4/2000 por el Gobierno tan sólo llevaba seis meses de vigencia la norma y se hallaba en trámite un proceso de regularización todavía no terminado en el año 2001. En todo caso, los errores estadísticos nunca pueden ser la causa de una restricción de derechos y libertades. Además las cumbres de Tampere y Helsinki sirvieron para unificar criterios, nunca para restringir derechos ya reconocidos, como el de manifestación, reunión, sindicación y huelga. Respecto a la lucha contra las mafias y el tráfico

entrada, condiciones de expedición de visados, regulación de la estancia de los extranjeros y responsabilidad y sanciones a los transportistas.

Son características principales de la Ley 8/2000: la suspensión del mecanismo de regularización automática, la eliminación de las motivaciones en las denegaciones de visados, el recorte de los derechos de los inmigrantes indocumentados, incluyendo los derechos de reunión, manifestación, asociación, sindicación y huelga; la modificación del régimen disciplinario para poder internar y expulsar a extranjeros sin permisos de residencia¹⁰¹. A la entrada en vigor se recibieron críticas por parte de algunas Comunidades Autónomas, sindicatos y asociaciones de inmigrantes, llegando a plantearse diversos recursos de inconstitucionalidad contra algunos artículos por los Gobiernos de varias Comunidades Autónomas e instando al Defensor del Pueblo a interponer recurso de inconstitucionalidad, aunque finalmente no lo interpuso¹⁰². Ante las protestas y críticas recibidas por los inmigrantes, que se encerraron en huelga de hambre en diversas ciudades españolas, el Ministerio del Interior anunció un nuevo proceso de regularización para los extranjeros que se

ilegal de personas, la LO 8/2000 no modificó prácticamente los preceptos de la LO 4/2000 en esta materia.

¹⁰¹ Con la anterior Ley 4/2000, el extranjero en situación irregular o trabajando sin permiso en España estaba incurso en infracción grave que no comportaba la expulsión sino multa. Con la modificación, los que se encuentren en situación irregular por carecer de permiso, tenerlo caducado por más de tres meses o trabajar sin autorización es causa suficiente de expulsión en cuarenta y ocho horas por un procedimiento preferente.

¹⁰² Recurso de inconstitucionalidad 1668/2001 promovido por el grupo parlamentario del PSOE; recurso de inconstitucionalidad num. 1671/2001 promovido por la Diputación General de Aragón; recurso de inconstitucionalidad num.1677/2001, promovido por la Junta de Extremadura; recurso de inconstitucionalidad num.1679/2001, promovido por el Gobierno del Principado de Asturias; recurso de inconstitucionalidad num.1640/2001 promovido por el Gobierno de Andalucía; recurso de inconstitucionalidad num.1644/2001 promovido por el Parlamento Vasco; recurso de inconstitucionalidad num.1669/2001 promovido por la Junta de Comunidades de Castilla-León; recurso de inconstitucionalidad num.1707/2001 promovido por el Parlamento de Navarra.

encontraran en el país antes del 23 de enero de 2001 y que tuvieran una oferta de trabajo o alegaran razones humanitarias¹⁰³.

Las principales críticas a las modificaciones introducidas por la Ley 8/2000, en los términos del presente estudio que nos interesan, pueden sintetizarse de la siguiente manera¹⁰⁴: Respecto al derecho a la libertad de circulación, el artículo 5 de la Ley mantiene el reconocimiento de tal derecho “a los extranjeros que se hallen en España de acuerdo con lo establecido en el Título II de esta Ley” y añade que se podrán establecer medidas limitativas específicas y excepcionalmente en proporción a las circunstancias que concurran en el caso, el Ministerio del Interior podrá adoptar “por razones de seguridad” medidas de alejamiento de fronteras o de núcleos de población. El concepto de seguridad pública resulta demasiado amplio y hubiese sido preferible referirse al orden público.

En cuanto a la expulsión, en aplicación del principio de excepcionalidad de la *lex specialis* debe determinarse claramente, y en beneficio de la seguridad jurídica del administrado, que el procedimiento extraordinario es especial, determinado por vía de excepción, y que el procedimiento ordinario tiene realmente esta característica jurídica, siendo por tanto aplicable a todo caso no excepcionado (artículo 107).

4. REGLAMENTO DE EJECUCION DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000, DE 11 DE ENERO, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL

¹⁰³ En esta ocasión se llegaron a presentar 360.000 solicitudes, aproximadamente.

¹⁰⁴ Para un estudio más pormenorizado, RELAÑO PASTOR, E., *Sancionar al inmigrante o proteger las fronteras?: Un análisis crítico...*, cit., pág. 2.

En desarrollo de la citada Ley 8/2000, el Gobierno aprobó el Reglamento de aplicación de la misma, por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio, que entró en vigor el 1 de julio de 2001 y que derogó, entre otras normas, el precedente Reglamento de ejecución de la LO 7/1985 que había sido aprobado por el RD 155/1996, de 2 de febrero.

El Reglamento responde a la idea de fomentar la inmigración legal, el establecimiento de procedimientos más ágiles y simples y una regulación diferenciada del “cupo de trabajadores extranjeros”. Se pueden fijar como puntos esenciales de su regulación, los siguientes: Establecimiento de una política realista y estable con la que concretar los flujos migratorios en los próximos años. También trata de establecer una regulación procedimental para cada uno de los aspectos esenciales de los procedimientos de extranjería. Entre estos aspectos se diferencian los relativos al establecimiento del contingente de mano de obra, los permisos de temporada, la concreción de las situaciones de arraigo y la reagrupación familiar. También trata de regular los centros afectos al tratamiento de los inmigrantes desde la perspectiva de las situaciones de los extranjeros y finalmente concreta las sanciones que se impondrán a los empresarios que empleen a los trabajadores extranjeros sin autorización laboral, a quienes promuevan la inmigración irregular y el tráfico de personas para estos fines.

5. LEY ORGÁNICA 11/2003, DE 29 DE SEPTIEMBRE, DE MEDIDAS CONCRETAS EN MATERIA DE SEGURIDAD CIUDADANA, VIOLENCIA DOMÉSTICA E INTEGRACIÓN SOCIAL DE LOS EXTRANJEROS

La LO 11/2003, de 29 de septiembre (Boletín Oficial del Estado de 30 de septiembre de 2003, entrada en vigor el 1 de octubre 2003) modifica varios textos legales, Código Penal, Código Civil y LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, para adaptarla, en esta última ley, a la realidad delictiva y procesal existente. La reforma responde a la idea central de abordar las dos cuestiones centrales que el Gobierno estimó incidían en el ámbito de la extranjería y que eran, respectivamente, su conexión con la inseguridad ciudadana y su vertiente de regulación y control de las situaciones y de la presencia de los extranjeros en España¹⁰⁵. La reforma es muy parcial y se limita a mejorar la regulación actual en materia de expulsión para lograr una coordinación adecuada cuando se produce la tramitación simultánea de procedimientos administrativo y penal¹⁰⁶. Se trata de resolver los problemas que se derivan de los supuestos

¹⁰⁵ El Ministro de Justicia, Sr. Michavila, al defender en el Congreso de los Diputados las modificaciones que habrían de introducirse por la LO 11/2003 expresa que la reforma no se dirige a 1.327.000 extranjeros que viven y trabajan en España sino a los “7214 inmigrantes que en el año 2002 vinieron a España porque eran delincuentes y piensan que España es un lugar donde delinquir sale más barato...”, vid. Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, 10 de abril 2003, pág. 5, www.congreso.es.

¹⁰⁶ Esta modificación afecta al apartado 4 del artículo 57, relativo a la expulsión y al apartado 7 del artículo 57 relativo a la situación de los procesados o inculcados en España, quedando redactados de la siguiente manera: Artículo 57. Expulsión del territorio.4.”La expulsión conllevará, en todo caso, la extinción de cualquier autorización para permanecer en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España de extranjero expulsado”...”7.a) 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 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.

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 territorio del extranjero en la forma que determine la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

en que los extranjeros se encuentran sujetos a uno o a varios procesos penales. La solución que adopta consiste en pedir autorización judicial para la expulsión, si ésta se encuentra debidamente dictada, a los órganos jurisdiccionales en los que se encuentren incurso los extranjeros por la comisión de un delito o falta con pena privativa libertad inferior a seis años.

Asimismo se establece un procedimiento especialmente ágil y urgente para proceder a dicha expulsión (artículo 61 reformado). Con ello se garantiza la eficacia de la orden de expulsión incluso en los supuestos de coincidencia con procesos penales. El legislador quiere ante todo que los inmigrantes ilegales que cometen delitos sean expulsados y ello se ve plasmado en la nueva redacción que se da a la institución de la expulsión sustitutiva prevista en el artículo 89 CP. Esta nueva regulación puede resumirse con base en el establecimiento por ley de la sustitución imperativa y con carácter general para las penas que se impongan a extranjeros no residentes legalmente en España, inferiores a seis años, por la expulsión del territorio nacional, también se suprime la exigencia de audiencia previa al penado y se exige únicamente la motivación cuando se acuerde el cumplimiento de la pena, y finalmente se fija el plazo de la expulsión, en todo caso, en diez años. Las razones de utilitarismo y de control de migraciones desbordan y desplazan a cualquier otra consideración. Esta modalidad de expulsión será tratada más detenidamente en otro capítulo.

c) No serán de aplicación las previsiones contenidas en los párrafos anteriores cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312, 318 bis, 515.6, 517 y 518 del Código Penal”.

También esta reforma pretende la mejora de la resolución judicial que dispone el ingreso del extranjero en un centro de internamiento¹⁰⁷.

6. LEY ORGÁNICA 14/2003, DE 20 DE NOVIEMBRE

Otra reforma más, llevada a cabo en materia de extranjería, se aprueba por Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre (BOE de 21 de noviembre de 2003, entrada en vigor el 21 de enero 2004), de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por la Ley Orgánica 8/2000, de 22 de diciembre; de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local; de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común y de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.

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

¹⁰⁷ Artículo 62. Ingreso en centro de internamiento. 1. "Incoado el expediente por las causas comprendidas en los párrafos a) y b) del apartado 1 del artículo 54, así como a), d) y f) del artículo 53, en el que pueda proponerse la sanción de expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al Juez de Instrucción competente que disponga su ingreso en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador, sin que sea necesario que haya recaído resolución de expulsión.

El Juez, previa audiencia del interesado, resolverá mediante auto motivado, atendidas las circunstancias concurrentes y, en especial, el hecho de que carezca de domicilio o de documentación, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos sancionadores pendientes".

El legislador avala la necesidad de la reforma con una serie de justificaciones similares a las descritas en la Exposición de Motivos de la Ley 8/2000: mejora de la gestión mediante la simplificación de los trámites administrativos y del régimen jurídico de las situaciones de los extranjeros en España; mejora de los instrumentos sancionadores previstos en la Ley 4/2000, e incorporación de las disposiciones aprobadas por la Unión Europea, en concreto, se trasponen las Directivas aprobadas en materia de inmigración desde el Consejo Europeo de Sevilla, que afectan a la unificación de las cuantías de las sanciones y de las obligaciones de los transportistas¹⁰⁸. También se incorpora el reconocimiento mutuo de las resoluciones de expulsión¹⁰⁹. Además se añade otra justificación, la de reajustar los contenidos de la Ley a la STS de 23 de marzo de 2003. La citada Sentencia viene a corregir tres aspectos esenciales del Reglamento de aplicación de la Ley Orgánica 8/2000, aprobado por Real Decreto 864/2001, de 20 de julio¹¹⁰, como son: las limitaciones introducidas por el Reglamento en relación con la reagrupación familiar de los ciudadanos extranjeros; el derecho a la libre circulación y la abusiva regulación de las relaciones entre la Administración y los administrados extranjeros¹¹¹.

¹⁰⁸ Directiva 2001/51/CE, de 28 de junio, por la que se completan disposiciones del art. 26 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen.

¹⁰⁹ Directiva 2001/40/CE, de 28 de mayo, relativa al reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países y Directiva 2002/90/CE, de 28 de noviembre, destinada a definir la ayuda a la entrada, a la circulación y a la estancia irregulares. Directivas que pretenden que aquellos extranjeros sobre los que hayan recaído éstas en cualquier Estado de la Unión puedan intentar evitarlas trasladándose a otro Estado.

¹¹⁰ Sobre las correcciones del Tribunal Supremo y el nuevo Anteproyecto de reforma de la Ley de Extranjería, ver RELAÑO PASTOR, E., *Sancionar al inmigrante o proteger las fronteras?: Un análisis crítico de la Ley de Extranjería 14/2003, de 20 de noviembre, y la Política de inmigración común de la Unión Europea (I)*., cit., pág. 3.

¹¹¹ Entre las principales modificaciones destacan: Respecto a la libre circulación, el art.38 del Reglamento señalaba que el Ministerio del Interior podría autorizar la estancia en España a los extranjeros indocumentados, pudiendo adoptar en tales casos restricciones a la libre circulación. El Tribunal Supremo restringe estas medidas cautelares al estado de excepción o de sitio, y excepcionalmente, a razones de seguridad pública, por lo tanto, el Gobierno no puede

Una de las reformas introducidas en la nueva ley se refiere a la devolución y expulsión de extranjeros, modificando sustancialmente la devolución o tentativa de entrada, de los que pretenden entrar ilegalmente en nuestro país. Se le impone la salida obligatoria del territorio español y la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años, pudiendo adoptarse como medida preventiva el internamiento¹¹². La primera consecuencia de esta nueva regulación es la similitud en efectos jurídicos de la devolución con la orden de expulsión, con los problemas que ello puede llevar consigo, y que más adelante trataremos, al tener que requerir un acuerdo administrativo motivado que sólo puede dictarse en un procedimiento administrativo.

limitar la libre circulación de los indocumentados. En ese sentido el fundamento Cuarto de la STS de 20 de marzo de 2003: “...el precepto legal en modo alguno contempla la posibilidad de extender tales medidas limitativas del derecho de libre circulación, con carácter general a supuestos distintos a los de estado de excepción o de sitio, por lo que la extensión que se hace por vía reglamentaria del alcance del artículo 5 de la Ley resulta contrario al mismo y al artículo 19 de la Constitución”.

Respecto a las expulsiones, el artículo 117.2 señala que “el órgano competente o el órgano instructor podrán retirar el pasaporte a los extranjeros carentes de arraigo”. El Supremo considera que esta medida sólo puede ser efectuada por la autoridad competente y no por las fuerzas de seguridad: “al desplazar el Reglamento esa competencia al instructor, que sólo tiene conforme al mandato legal facultades de propuesta, y al órgano competente para iniciar el procedimiento, no existe duda alguna de que contraviene una norma de rango superior y por tanto el precepto debe ser anulado” (Fundamento decimotercero STS 20-marzo-2003).

Respecto al internamiento, el artículo 130 sólo autoriza a los internos a comunicarse “periódicamente” con sus familiares. El Supremo considera el criterio de la periodicidad una limitación a un derecho incuestionable. Por tanto los apartados 2 y 6 del precepto no pueden ofrecer duda en cuanto a la procedencia de la anulación, si bien es obligado resaltar que el apartado 6 debe ser anulado en cuanto establece un criterio de periodicidad en las comunicaciones, periodicidad que implica limitación a un derecho que la Sala afirma incuestionable y no susceptible de limitación por vía reglamentaria. (Fundamento Decimoquinto STS 20 de marzo de 2003).

¹¹² El artículo 58 LO 4/2000, modificada por LO 14/03 establece: 5. “Cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión.

6. La devolución acordada en la letra a) del apartado 2 de este artículo conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la resolución de expulsión quebrantada. Asimismo, toda devolución acordada en aplicación de la letra b) del mismo apartado de este artículo llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un plazo máximo de tres años”.

Podemos indicar que la reforma responde a una justificación que se sintetiza de la siguiente forma: “Afección o conectividad del régimen jurídico de la extranjería y su eficacia con la inseguridad ciudadana”¹¹³. La línea central de esta reforma trata de superar o conectar la línea entre la inmigración ilegal y la delincuencia común, lo que se plasma en las siguientes medidas: 1º. La respuesta penal frente a los extranjeros no residentes legalmente en España que cometen delitos. Se introducen cambios en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 89 CP. En concreto, se establece para los extranjeros no residentes que cometan delitos, la regla general será la sustitución de la pena por la expulsión¹¹⁴; 2º. La extranjería desde una perspectiva amplia de tipificación penal. La modificación de los artículos 318 y 318 bis CP, con una agravación de las penas, tienen como finalidad combatir el tráfico ilegal de personas; 3º. La existencia de formas delictivas específicas surgidas de prácticas contrarias a nuestro ordenamiento jurídico. Se tipifica el delito de mutación genital o ablación (artículo 149 CP) como una práctica que debe castigarse sin que pueda justificarse por razones religiosas o culturales; 4º. La adecuación de las instituciones civiles a las nuevas manifestaciones culturales que conviven en España. Se reforma el artículo 107 CC, en materia de separación y divorcio, para resolver los problemas que encuentran ciertas mujeres, de origen musulmán, que solicitan la ruptura matrimonial.

¹¹³ PALOMAR OLMEDA, A., *Tratado de extranjería (Aspectos civiles, penales, administrativos y sociales)*, Pamplona, 2004, pág. 163.

¹¹⁴ Se trata de evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto. Con ello se pretende lograr una mayor eficacia en la medida de expulsión, medida que podría alcanzarse de todas maneras por la vía administrativa al tratarse de personas que no residen legalmente en España y que no han delinquido.

7. REGLAMENTO DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000 APROBADO POR REAL DECRETO 2393/2004

En cumplimiento de la LO 14/2003, de 20 de noviembre, por la que se reformaba la LO 4/2000, se aprueba un nuevo Reglamento de ejecución de la LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, para adaptarlo a las previsiones de la reforma de 2003. Se aprueba por Real Decreto 2393/2004, de 30 de diciembre (Boletín Oficial del Estado de 7 de enero 2005), disponiendo una “vacatio legis” de un mes, y derogando expresamente el anterior Reglamento aprobado por RD 864/2001.

El Reglamento responde a la idea de fomentar la inmigración legal, añadiendo nuevos instrumentos para perseguir más eficazmente la inmigración irregular. Materialmente, el Reglamento incorpora importantes novedades respecto a los requisitos que pueden dar lugar a la autorización de un extranjero para residir y trabajar en España; también afronta la aplicación de las normas de extranjería con mayores medios técnicos y una mayor coordinación de las Administraciones implicadas¹¹⁵.

Interesa destacar como novedades más importantes: a) Las nuevas funciones del visado. En consonancia con el artículo 25 bis de la LO 14/2003, el visado no sólo va a permitir la entrada en España, sino que también va a servir para autorizar las situaciones de permanencia en España, en régimen de estancia o residencia, ligadas o no al desempeño de una actividad laboral¹¹⁶.

¹¹⁵ Para un estudio más detallado del nuevo Reglamento, interesa: LIROLA DELGAGO, I., *El proyecto de Reglamento de Extranjería de la LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. Un comentario*, Diario La Ley núm. 6144, de 10 de diciembre de 2004.

¹¹⁶ Los distintas clases de visados que se reconocen son: Visado de tránsito, visado de estancia, visado de residencia y de residencia y trabajo, visado de búsqueda de empleo y visado de estudios. Por otra parte se simplifica el sistema vigente hasta ahora, en la medida en que era

b) Otro aspecto novedoso es el mecanismo que se establece para la regularización de los extranjeros que se encuentren en España sin autorización para ello, estableciendo un plazo de tres meses a partir de la entrada en vigor del Real Decreto, para poder obtener una autorización de residencia y trabajo por cuenta ajena a los extranjeros que puedan demostrar que cumplen los requisitos exigidos para ello¹¹⁷.

En definitiva, con el periodo de regularización previsto en el nuevo Reglamento de ejecución se permitirá dar un cauce legal a la situación de irregularidad en la que se encuentran un porcentaje muy alto de extranjeros en España¹¹⁸.

8. OTROS INSTRUMENTOS LEGALES

Junto a la normativa que regula la detención e internamiento de extranjeros existen otros instrumentos legales que inciden sobre el tema.

La Fiscalía General del Estado ha dictado sobre esta materia relativa a la situación de los extranjeros en España diversas Circulares,

necesario solicitar el visado para poder entrar en España, y una vez aquí, tramitar la correspondiente autorización de permanencia. Esta doble tramitación se concentra en el momento de la solicitud del visado en la Misión Diplomática u Oficina consular de España, y se resuelve en función del tipo de visado de que se trate.

¹¹⁷ En realidad se distinguen dos supuestos de regularización: Una de carácter excepcional por los empresarios o empleadores (Disp. Transitoria 3.^a del Reglamento de ejecución), que presenta como novedad que es el empresario que pretenda contratar al extranjero el que podrá solicitar que se le conceda una autorización inicial de residencia y trabajo por cuenta ajena. Y otra "autorización de residencia temporal por circunstancias excepcionales", (artículo 45 Reglamento de ejecución), que se puede conceder por la Administración por situación de arraigo, por razones humanitarias, de colaboración con la Justicia u otras circunstancias excepcionales.

¹¹⁸ Según información periodística publicada en diario El País, de 28 de enero 2005, el Gobierno dispondrá de 160 nuevas oficinas repartidas por toda España atendidas por 2870 funcionarios para regularizar y contratar a inmigrantes "sin papeles" que estén empadronados desde antes del 7 de agosto pasado. Se calcula que el número de potenciales beneficiarios de este proceso ronda el millón de extranjeros, lo que lo convierte en el mayor proceso de regularización efectuado hasta ahora.

Instrucciones y Consultas desde la LO 7/1985, que sirven para la aplicación e interpretación de las leyes de extranjería, completando las lagunas que se puedan plantear en la interpretación de la ley. Entre otras:

a) *Consulta 5/1987*, de 18 de noviembre de 1987, sobre cuestiones referentes a la expulsión de extranjeros sujetos a determinados procesos penales¹¹⁹.

b) *Consulta 2/1990*, de 10 de octubre de 1990, sobre la expulsión de extranjeros: Juez competente para decidirla y fase procesal en que debe acordarse¹²⁰.

c) *Consulta 12/1997*, de 30 de octubre de 1997, acerca de la interpretación que deba darse al artículo 41.2 del Real Decreto 155/1996, de 2 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la LO 7/1985¹²¹.

d) *Instrucción 6/1991*, de 24 de octubre de 1991, sobre garantías de las autorizaciones judiciales de internamiento de extranjeros sometidos a procedimientos de expulsión¹²².

¹¹⁹ Con base en la LO 7/1985, de 1 de julio, 1º. Es imprescindible la existencia de un procedimiento penal típico cuya competencia venga atribuida a los Jueces de Instrucción, para poder judicialmente decretarse la expulsión de un extranjero encartado por delito menos grave. 2º. El Fiscal deberá ponderar cada caso para pronunciarse sobre la expulsión o no, cuando se trate de extranjeros comprendidos en un proceso penal.

¹²⁰ Si se hubiese dictado sentencia firme, el único Juez competente para decidir será el Juez de lo Penal. Si aún no se hubiese dictado sentencia: a) Si aún no se han remitido las actuaciones al Juez de lo Penal, más se ha producido escrito de calificación por el Fiscal, es competente el Juez de Instrucción; b) si ya se han remitido las actuaciones al Juez de lo Penal, éste será el competente.

¹²¹ A la vista de las consideraciones efectuadas, que el artículo 41.2 del Reglamento de ejecución de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre extranjeros, ni introduce novedad alguna que suponga un cambio sustancial en el ordinario quehacer profesional del Ministerio Fiscal, ni obliga al mismo a confirmar una prohibición cuya competencia le resulta totalmente ajena. Se trata, además de una competencia conferida por un Reglamento que, por su naturaleza, no puede suplir a la Ley allí donde ésta es necesaria para producir un determinado efecto o regular un cierto contenido. En consecuencia, la aplicación de la citada disposición procesal deberá sujetarse a la interpretación efectuada en el presente documento.

¹²² Se interesa de los Sres. Fiscales, vigilen en los expedientes de internamiento de extranjeros sujetos a procedimientos de expulsión, el cumplimiento de las siguientes reglas: 1ª.

e) *Circular 1/1994*, sobre intervención del Ministerio Fiscal en relación con determinadas situaciones de los extranjeros en España, creando los Servicios de Extranjería.

Tras la entrada en vigor de la LO 4/2000 se han dictado las siguientes:

a) *Circular 3/2001*, de 21 de diciembre, sobre actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería¹²³.

b) *Circular 1/2002*, de 19 de febrero, sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del Fiscal en materia de extranjería¹²⁴.

c) *Instrucción 2/2001*, de 28 de junio, acerca de la interpretación del artículo 35 de la Ley Orgánica 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social¹²⁵.

La medida de internamiento ha de estar inspirada por un principio de excepcionalidad. 2ª. Estos internamientos no pueden verificarse en centros penitenciarios, ni en comisaría de policía. 3ª. El extranjero queda a disposición del Juez en estos internamientos. Es en definitiva el Juez el que ha de valorar las razones que puedan existir para la adopción de tan grave medida. 4ª. La Autoridad gubernativa ha de indicar al Juez, al solicitar el auto de internamiento, el centro concreto donde va a ser internado el extranjero, así como las causas que han aconsejado tal petición, lo que lleva consigo el que la Autoridad judicial proceda a un control efectivo de la medida restrictiva, así como que valore la oportunidad de su otorgamiento. 5ª. El internamiento se ha de otorgar, previa la presencia física del detenido ante la Autoridad judicial. 6ª. El Juez, al elaborar el criterio sobre la posibilidad de internamiento, ha de tomar en consideración el dato de si el extranjero en cuestión ha sido ya internado con anterioridad. 7ª. La resolución judicial que acuerde el internamiento ha de ser motivada. 8ª. Los autos de internamiento extendidos por los jueces dan una autorización a la Administración para que se prive de libertad al extranjero por el plazo máximo legal permitido de cuarenta días, lo que no quiere decir que esos cuarenta días hayan de concederse inicialmente, ni que siempre se concedan cuarenta días.

¹²³ Trata sobre las medidas privativas de libertad en la expulsión de extranjeros no sujetos a causa penal, detención e internamiento preventivo; la expulsión de extranjeros sujetos a causa penal; y la intervención del Ministerio Fiscal en los supuestos de menores extranjeros.

¹²⁴ En la Circular num. 1/2002, se tratan por separado la actuación del Ministerio Fiscal ante los matrimonios simulados; el tratamiento penal de la inmigración ilegal, en concreto, los problemas concursales entre el artículo 318 bis con los delitos contra los derechos de los trabajadores, y las especialidades en la sustitución de las penas impuestas a los extranjeros condenados por delitos de tráfico ilegal de personas y en su expulsión; y en el aspecto contencioso-administrativo el régimen de recursos y la ejecutividad de las sanciones en el

e) *Instrucción 4/2001*, de 25 de julio, sobre autorización judicial de la expulsión de extranjeros imputados en procedimientos penales. Esta instrucción examina el término “inculpado”, debiendo entender aquel a quien el Juez de Instrucción pone en su conocimiento el hecho punible y le ilustra de sus derechos, y determina el momento a partir del cual puede autorizar su expulsión.

f) *Instrucción 2/2002*, de 11 de febrero, sobre organización de la Fiscalía en materia de extranjería¹²⁶.

e) *Instrucción 3/2003*, de 23 de octubre, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo; estableciendo en la misma que, salvo en aquellos supuestos excepcionales en que se aprecie una palmaria situación de desamparo, por los Fiscales se dictaminará a favor del retorno del menor a su punto de origen a la mayor brevedad posible (artículo 60.1 LO 4/2000). Y en el caso de que el retorno no pudiera llevarse a cabo dentro de las cuarenta y ocho horas de la detención, el Fiscal de Menores se dirigirá al Juez de Menores para que autorice el internamiento en el centro de menores que designe la correspondiente Comunidad Autónoma¹²⁷.

proceso ordinario y en el preferente, y las posibles interferencias entre el procedimiento administrativo sancionador y el procedimiento penal y el principio *non bis in idem*.

¹²⁵ Establece el artículo 35.1 LO 4/2000: “*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*”.

¹²⁶ La Instrucción 2/2002 acuerda la reestructuración de las Fiscalías, creando el Servicio de Extranjería en todas las Fiscalías en las que todavía no lo tenían creado y reforzando el servicio de Extranjería en las que ya existían, incrementando el número de Fiscales adscritos al mismo.

¹²⁷ Esta Instrucción fue objeto de críticas por diversos organismos como Amnistía internacional, por no respetar los derechos fundamentales de los menores, así como por entrar

f) *Instrucción 6/2004*, de 26 de noviembre, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados, que ratifica la directrices de las Circulares 3/2001, de 21 de diciembre, y la Instrucción 2/2001, de 28 de junio, dejando sin efecto la Instrucción 3/2003, a la vista de las dudas que su interpretación generó.

g) *Consulta 1/2001*, de 9 de mayo, sobre retorno de los extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en España, fijando su alcance y límites; intentando distinguir entre el retorno, y la expulsión¹²⁸.

III. DERECHO SANCIONADOR EN MATERIA DE EXTRANJERÍA

Podemos denominar el derecho sancionador de extranjería, siguiendo a FERNÁNDEZ ROZAS¹²⁹, como “*el conjunto de actos*

en contradicción con anteriores pronunciamientos de la Fiscalía General del Estado en la materia.

¹²⁸ Las conclusiones que se afirman son: 1ª. La expulsión constituye una sanción administrativa, que lleva aparejada la prohibición de entrada en España por un lapso temporal, y que precisa de la tramitación de expediente administrativo en el que se acredite la comisión del ilícito sancionado. 2ª. La devolución o retorno no es propiamente una sanción, sino una medida para el restablecimiento inmediato del orden jurídico perturbado que se acuerda, sin necesidad de incoar expediente de expulsión, por resolución administrativa de la autoridad competente y que no lleva aparejada la prohibición de futura entrada. 3ª. La adopción de la medida de devolución o retorno sin previo expediente se justifica en atención a la flagrancia de la infracción administrativa consistente en la entrada ilícita en territorio español. Con la expresión legal *los que pretendan entrar ilegalmente en el país*, que utiliza el artículo 54.2, b) se acota la figura del retorno y se aplica a aquellos que sean sorprendidos de un modo patente o “*in fraganti*” en su acción de entrada ilícita en España, lo que justifica la respuesta más contundente e inmediata del retorno frente a la de la expulsión. 4ª. Desde el criterio interpretativo la decisión de la autoridad administrativa autorizando la medida de retorno o devolución en el caso sometido a consulta se considera acorde con la normativa entonces vigente y en especial con la causa de retorno del artículo 54.2 b) de la LO 4/2000. 5ª. La elección de la medida de retorno no es óbice para que pueda recibirse declaración a las personas a quienes se aplique la misma.

administrativos reguladores de las infracciones y sanciones que en el ámbito de la extranjería están sometidos a los principios y seguridades que tutelan la potestad sancionadora de la Administración como los de legalidad, respeto a la jerarquía y tipicidad". El objeto de nuestro estudio se debe ceñir a la regulación de las infracciones, sanciones y procedimiento "en materia de extranjería", y de manera específica a la sanción de expulsión, y las medidas preventivas de la detención y el internamiento que se pueden adoptar en el procedimiento administrativo sancionador¹³⁰.

Hay que partir del artículo 20 LO 4/2000, dedicado a la tutela judicial efectiva de extranjeros, que en sus apartados 2 y 3 se ocupa de cuales son las garantías del procedimiento administrativo así como la legitimación tanto en vía administrativa como jurisdiccional. En relación con el primer aspecto, que es el que nos interesa en este apartado, el artículo 20.1 LO 4/2000 señala: "*Los procedimientos administrativos que se establezcan en materia de extranjería respetarán en todo caso las garantías previstas en la legislación general sobre procedimiento administrativo, especialmente en lo relativo a la publicidad de las normas, contradicción, audiencia del interesado y motivación de las resoluciones...*".

¹²⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *La suspensión de la actividad sancionadora de la Administración en materia de extranjería ante la Jurisdicción contencioso-administrativa*, Revista Española de Derecho Internacional, Vol. I, 1998, pág. 33.

¹³⁰ Para un estudio detallado sobre el procedimiento sancionador de extranjería, ver: DORADO NOGUERAS, F.M./ RODRÍGUEZ CANDELA, J.L., *Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador*, en "Comentario sistemático a la Ley de Extranjería", dir. MERCEDES MOYA, cit., págs. 835 a 907; CALVO ROJAS, E., *El procedimiento administrativo sancionador. Especial referencia a las medidas cautelares*, en "Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería", Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 2001, págs. 177 a 212; ALONSO PÉREZ, F., *Tipificación de las infracciones administrativas en la nueva Ley de Extranjería*, La Ley núm. 5498, de 8 de marzo de 2002.

El requisito procedimental para la adopción de cuantas decisiones procedan en el ámbito sancionador de extranjería no resulta ninguna novedad, por cuanto tal exigencia se deduce del mandato constitucional contenido en el artículo 105.c) CE que impone la regulación legal, así como el seguimiento del *“procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos”*.

La primera cuestión que debemos determinar es la normativa aplicable a esta materia sancionadora; y es obvio que en primer lugar se aplican las disposiciones del Título III de la LO 4/2000 (“De las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador”) que tras la reforma operada por la LO 8/2000 queda integrada por los artículos 50 a 66, y por su desarrollo reglamentario por RD 2393/2004, de 30 de diciembre, que lo regula en los artículos 112 a 147. Además, puesto que la legislación de extranjería no regula un procedimiento sancionador específico, resultan de aplicación las disposiciones sobre la potestad sancionadora previstas en el Título IX de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común modificada por Ley 4/1999 (artículos 127 a 138) y en el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora aprobado por Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto¹³¹.

Por otra parte, las remisiones que hace la Ley Orgánica 4/2000 para definir e integrar algunos de los tipos infractores que en ella se contienen nos obliga a tener presentes también otras normas, como la Ley Orgánica 1/1992, de Protección de la seguridad ciudadana, el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto

¹³¹ Así lo dispone el artículo 112, 1 y 4 del Reglamento de ejecución, aprobado por RD 2393/2004.

Refundido de la Ley 8/1988, de 7 de abril, sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, así como el Código Penal y el Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen¹³².

La legislación sobre extranjería es una normativa administrativa que regula la entrada y salida, las situaciones, la integración y los derechos de los extranjeros en España. En consecuencia se halla sometido, como toda la actividad de las Administraciones públicas, a los mismos principios que cuando se trata de ejercitar la potestad sancionadora por la Administración pública. Los principios que deben regir dicha potestad sancionadora, su tipificación y su ejecución los encontramos en la Ley 30/1992 y el Reglamento aprobado por Real Decreto 1398/1993. El estudio en profundidad de estos principios excedería del presente, por lo que, con brevedad, enunciaremos cada uno de los principios informadores del derecho administrativo sancionador, todos ellos plenamente aplicables al ámbito de la extranjería:

A) *El principio de legalidad: Reserva legal y tipificación.* El artículo 25.1 CE establece el principio, en virtud del cual la potestad sancionadora se ejercerá cuando haya sido expresamente prevista en una norma con rango de Ley. La LO 4/2000 y sus reformas posteriores así lo prevén en el

¹³² El artículo 112, 3 del Reglamento de extranjería establece la normativa aplicable en el procedimiento para la imposición de las sanciones previstas en la LO 4/2000: “...cuando se trata de los supuestos calificados como infracciones leve del artículo 52, c, grave del artículo 53, b, cuando se trate de trabajadores por cuenta propia, y muy grave del artículo 54, 1,d, de la citada Ley Orgánica, el procedimiento aplicable será el previsto en los artículos 148 y 149 de este Reglamento.” En concreto, el artículo 149.1 del Reglamento establece: “Las infracciones tipificadas en los artículos 52.c) y 53.b), cuando se trata de trabajadores por cuenta propia, y 54.1,d) de la LO 4/2000, serán sancionadas de conformidad con el procedimiento para la imposición de sanciones por infracciones de orden social, y por lo dispuesto en este artículo”. Correspondiendo la tramitación de los expedientes sancionadores a las Jefaturas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que los tramitarán conforme al Reglamento general sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones de orden social y para los expedientes liquidatorios de cuotas de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo.

art. 50¹³³. En virtud de dicho principio queda prohibida la punibilidad de una acción u omisión si no se cumplen tres requisitos básicos: *lex scripta* (reserva de ley), *lex previa* (irretroactividad) y *lex certa* (mandato de tipificación)¹³⁴. Los mandatos de reserva legal (definición de las infracciones y sanciones en norma con rango de ley), de tipificación (precisa definición de la conducta infractora) y de irretroactividad (solo serán las disposiciones sancionadoras posteriores o que estén vigentes en el momento de producirse los hechos) son las tres manifestaciones específicas del principio de legalidad. Las infracciones al régimen de extranjería se tipifican en los supuestos previstos en los artículos 52 (infracciones leves), artículo 53 (graves) y artículo 54 (muy graves), todos de la LO 4/2000. El Reglamento nunca podrá establecer sanciones no contempladas en la Ley ni las sanciones podrán ser aplicadas analógicamente.

b) *Principio de responsabilidad*. Este principio es reflejo del principio de culpabilidad en el ámbito penal y supone que únicamente podrán ser sancionados con las penas previstas en las normas sancionadoras del régimen de extranjería aquellas personas (nacionales o extranjeros, residentes o no residentes) a quienes se pueda imputar una conducta dolosa o culposa cuyo resultado sea la vulneración de una norma administrativa o penal. Esta formulación enlaza de forma directa con el principio de presunción de inocencia, que le sirve de base; al igual que los españoles, los extranjeros gozan en todo procedimiento sancionador del

¹³³ El artículo 50 LO 4/2000 establece: “El ejercicio de la potestad sancionadora por la comisión de las infracciones administrativas en la presente Ley orgánica, se ajustará a lo dispuesto en la misma y en sus disposiciones de desarrollo y en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”.

principio de presunción de inocencia previsto en el artículo 24 CE, lo que significa que para que exista una declaración de responsabilidad es necesaria una mínima actividad probatoria por parte de la Administración que pueda fundamentar un juicio de culpabilidad.

c) *El principio de proporcionalidad*. El grado de responsabilidad será diferente en función de la concurrencia de determinados factores, como la intencionalidad o no del sujeto, reincidencia, gravedad del hecho y sanción impuesta. El establecimiento de la LO 4/2000 y reformas posteriores de instrumentos como la graduación de las infracciones y sanciones, la implantación de la multa como instrumento sancionador, la relegación de la sanción de expulsión a los supuestos graves o muy graves, y las posibilidades previstas en los apartados 3 y 4 del artículo 55 LO 4/2000¹³⁵, son herramientas importantes para una mejor aplicación del principio de proporcionalidad.

d) *El principio “non bis in idem”*. En una primera aproximación puede decirse que en virtud de este principio nadie puede ser sancionado dos veces por un mismo hecho, y lleva como consecuencia que si se persigue el hecho como delito, no puede a su vez tratar de sancionarse por vía administrativa. Se trata de un principio general del Derecho, de aplicación a todos los ámbitos jurídicos en los que se desarrolle un poder sancionador, y por lo tanto hemos de referirla a los campos del Derecho Penal y del Derecho administrativo sancionador. Este principio general

¹³⁴ La STC 133/1987, de 21 de julio (RTC 1987, 133), establece tres exigencias: “*la existencia de una ley; que la ley sea anterior al hecho sancionado, y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado*”.

¹³⁵ Establece el artículo 55 de la LO 4/2000, tras la reforma por LO 14/2003, en sus apartados 3 y 4: “*3. Para la graduación de las sanciones, el órgano competente en imponerlas se ajustará a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y, en su caso, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia. 4. Para la*

está relacionado con el de cosa juzgada y con el de seguridad jurídica, pero ello no impide que tanto el orden penal como el administrativo sancionador puedan tipificar como infracción un mismo hecho.

La doctrina¹³⁶ da un concepto del principio *non bis in idem* como: principio general del Derecho que, con base en los principios de proporcionalidad y respeto a la cosa juzgada, prohíbe la aplicación de dos o más sanciones o el desarrollo de dos o más procesos o procedimientos, cuando se dé una identidad de sujetos, hechos y fundamento, y siempre que no exista una relación de supremacía especial de la Administración respecto al sujeto en cuestión¹³⁷.

En nuestro ordenamiento jurídico no está expresamente reconocido este principio. En la Constitución Española puede considerarse que está integrado, de modo implícito, en el artículo 25.1 que establece: "*nadie podrá ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituya delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*", por lo que ha llegado a configurarse como un derecho fundamental del sancionado¹³⁸. En esencia, este principio prohíbe que una persona pueda ser condenada o sancionada doblemente por unos mismos hechos, y tiene un campo de aplicación importante en los supuestos en los que el ordenamientos jurídico admite la posibilidad de un doble tipo de

determinación de la cuantía de la sanción se tendrá especialmente en cuenta la capacidad económica del infractor".

¹³⁶ DEL REY GUANTER, S., *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción penal en el orden social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, pág. 111.

¹³⁷ Sobre el principio *non bis in idem* ver: NAVARRO CARDOSO, F., *Infracción administrativa y delito: límites a la intervención del Derecho Penal*. Colex. Madrid, págs. 70 y ss.; ROMAN PUERTA, L., *Duplicidad sancionadora administrativa y penal "non bis in idem"*, en "Extranjeros y Derecho Penal". Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. 2003, págs. 37 a 63.

¹³⁸ STC 2/1981, de 26 de enero (RTC 1981, 2); STC 154/1990, de 15 de octubre, (RTC 1990, 154).

sanciones, administrativas y penales, para determinadas conductas, lo que sucede cuando éstas están especialmente previstas en la ley penal y, al propio tiempo, en el Derecho administrativo sancionador, en este caso, en materia de extranjería. En el procedimiento administrativo sancionador queda consagrado el principio *non bis in idem* en el artículo 133 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992, en el que se dice que “*no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento*”; en definitiva, proscribida la posibilidad de imponer una múltiple sanción, derivada de sendos procedimientos entre los que se aprecie una triple identidad de sujeto, hechos y fundamento, siendo indiferente que los procedimientos sean de idéntica o distinta naturaleza (administrativa o penal).

A pesar de esta claridad conceptual, su aplicación práctica es compleja en materia de extranjería, por cuanto la actual LO 4/2000, tras la reforma por LO 8/2000 y LO 11/2003, instaura una serie de preceptos que ofrecen serias dificultades para la aplicación de este principio, como veremos.

La LO 4/2000, en su redacción originaria, recogía el principio *non bis in idem* en el artículo 57.3 de la Ley, al establecer: “*en ningún caso podrá imponerse conjuntamente las sanciones de expulsión y multa*”¹³⁹. La

¹³⁹ La STC 234/1991, de 10 de diciembre, FJ 2º, (RTC 1991, 234) ha fijado los presupuestos para que opere el principio *non bis in idem*, declarando al respecto: “*para que la dualidad de sanciones sea constitucionalmente admisible es necesario, además, que la normativa que la impone pueda justificarse porque contempla los mismos hechos desde la perspectiva de un interés jurídicamente protegido que no es el mismo que aquel que la primera sanción intenta salvaguardar o, si se quiere, desde la perspectiva de una relación jurídica diferente entre sancionador y sancionado. Para determinar si existe una identidad de fundamento habrá que tener en cuenta si los bienes jurídicos afectados por un mismo hecho resulta heterogéneos, por*

reforma introducida por LO 8/2000 reinstaura a través del artículo 57.2 la posibilidad de ser castigado dos veces por el mismo hecho al poder ser causa de expulsión el haber sido condenado por una conducta dolosa sancionada con pena privativa de libertad superior a un año¹⁴⁰. A este respecto se planteó el problema de la aplicación del apartado 2, del artículo 57, relativo a la expulsión de los extranjeros fuera del territorio nacional. Con relación a este problema, expone CONDE-PUMPIDO TOURÓN¹⁴¹ el supuesto de la expulsión fundada exclusivamente en el hecho que originó el procedimiento penal, y dice que “ *la cuestión más relevante es la de si el Juez de Instrucción puede autorizar la expulsión cuando ésta se solicita haciendo figurar como causa de la misma los propios hechos que han dado lugar al proceso penal*”, y sostiene que “ *es claro que no, pues con ello se vulneraría el principio de presunción de inocencia y el “non bis in idem”, porque, estando en curso el proceso penal, la Administración no puede seguir otro procedimiento sancionador por los mismos hechos y debe paralizarlo en virtud del principio de primacía de la Jurisdicción sobre la Administración* ”¹⁴². Si estimamos que debe darse la negativa del Juez a autorizar la expulsión del extranjero encartado en determinados delitos, se puede plantear otra problemática de distinta naturaleza, expuesta

lo que en dicho supuesto habrá diversidad de fundamento, mientras que si son homogéneos, no procederá la doble punición aunque las normas jurídicas vulneradas sean distintas”.

¹⁴⁰ La LO de Extranjería de 1985 tipificaba en su artículo 26, b) las conductas que ahora se tipifican en el actual artículo 57.2 LO 8/2000, que establece: “*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 constituye en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados*”.

¹⁴¹ CONDE-PUMPIDO TOURÓN, C., *Tratado práctico de los Procesos de Extranjería*, Bosch. Madrid. Tomo III, pág. 2441.

¹⁴² En tal sentido STS, Sala 3ª, Sec. 3ª, de 17 de noviembre de 1998, FJ.3º (Rec. 2/1996, La Ley Juris 1862/1999), establece: “*Si concurrieran simultáneamente un proceso penal y otro administrativo sancionador, debe reconocerse la prevalencia del penal, por lo que el administrativo sancionador deberá suspenderse*”.

por algún sector de la doctrina¹⁴³: Al extranjero en situación ilegal en España, susceptible de expulsión gubernativa le puede resultar ventajosa la perpetración de algún delito menor para sustraerse a la inmediatez de aquélla, amparándose en la necesaria autorización del juez que conozca de la causa a que dé lugar dicho delito, para tener una suerte de permanencia “autorizada” en el territorio español. Esto no era una hipótesis, sino una realidad en nuestra práctica jurisdiccional.

Para evitar esta problemática se ha aprobado la LO 11/2003, que establece los cauces legales necesarios para permitir que el Juez penal acuerde la expulsión de un extranjero no residente como sustitutivo de la pena impuesta en un proceso penal (artículo 89 CP), y tratando de lograr una coordinación adecuada cuando se produce la tramitación simultánea de procedimientos administrativo y penal (artículo 57.4 LO 4/2000, reformado) así como permitiendo que para el supuesto de que los extranjeros se encuentren sujetos a uno o varios procesos penales, si existe orden de expulsión dictada, se autorice judicialmente la misma (artículo 57.7 LO 4/2000, reformado) estableciendo, además, un procedimiento especialmente ágil y urgente para ello.

También la Fiscalía General del Estado se hace eco de las posibles interferencias entre el procedimiento administrativo sancionador y procedimiento penal, infringiendo el principio *non bis in idem*. En este sentido, la Circular num. 1/2002, de 19 de febrero, insiste en la existencia, tras la reforma por LO 8/2000, de algunas coincidencias, inevitables, entre conductas calificadas como infracciones en la Ley de Extranjería y

¹⁴³ THOMAS ANDREU, G., *La intervención del Juez Penal en el internamiento preventivo del extranjero. La autorización judicial para expulsar extranjeros encartados en determinados delitos y la expulsión como sustitutiva del cumplimiento de penas impuestas en sentencia firme*. En “Extranjeros”. Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. 1994, pág. 95.

conductas tipificadas como delito en el Código Penal, por ejemplo en delitos de traición o de inmigración clandestina. En estos casos, la propia ley resuelve la dualidad y apostilla *“siempre que el hecho no constituya delito”*. En el resto será necesario acudir al principio constitucional de *non bis in idem*, recogido expresamente en el artículo 133 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración. Evidentemente, en los casos en que la conducta del extranjero por la que se haya incoado el procedimiento administrativo sancionador pueda ser constitutiva de delito, la preferencia del procedimiento penal es indiscutible, y así se expresa el artículo 7 del Reglamento del Procedimiento Sancionador, aprobado por Real Decreto 1398/1993: *“En cualquier momento del procedimiento sancionador en que los órganos competentes estimen que los hechos también pudieran ser constitutivos de ilícito penal, lo comunicarán al Ministerio Fiscal solicitándole testimonio sobre las actuaciones practicadas respecto de la comunicación”*. En estos supuestos, así como cuando los órganos competentes tengan conocimiento de que se esté desarrollando un proceso penal sobre los mismos hechos, podrán solicitar del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas¹⁴⁴. Si los hechos presentan características de infracción penal, procede, por tanto, la paralización del procedimiento administrativo en tanto se sustancia el procedimiento penal.

En este sentido se pronuncia el Tribunal Constitucional en Sentencia 2/2003¹⁴⁵, al afirmar: *“Este Tribunal ha dotado de relevancia constitucional a la vertiente formal o procesal de este principio que, de*

¹⁴⁴ Establece el artículo 7.2 del Reglamento de Procedimiento Sancionador: *“Recibida la comunicación, y si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordar su suspensión hasta que recaiga resolución judicial”*.

¹⁴⁵ Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 2/2003, de 16 de enero, (RTC 2003, 2).

conformidad, con la STC 77/1983, de 3 de octubre, se concreta en la regla de la preferencia, o precedencia de la autoridad judicial penal sobre la Administración respecto de su actuación en materia sancionadora en aquellos casos en los que los hechos a sancionar puedan ser, no sólo constitutivos de infracción administrativa, sino también de delito o falta según el Código Penal”.

1. RÉGIMEN DE INFRACCIONES Y SANCIONES

Las leyes de extranjería de 2000 establecen una clasificación o gradación de las infracciones en leves, graves y muy graves, lo que supone una novedad con respecto a la LO de 1985, que no establecía tal clasificación. Cabe destacar en el régimen de infracciones que los autores de las infracciones leves o graves únicamente pueden ser extranjeros, personas físicas, mientras que las muy graves pueden imputarse por igual a españoles y extranjeros irregulares o no. Igualmente las personas jurídicas y compañías de transporte pueden ser autores de infracciones muy graves.

En el sistema de infracciones distinguiremos aquellas causas que no suponen como sanción, la expulsión del territorio del Estado, es decir multa, de aquellas otras infracciones que llevan aparejada la expulsión del extranjero, que analizaremos de forma más detenida.

Como complemento de los dos sistemas de sanciones, veremos también la salida obligada o voluntaria del extranjero del territorio nacional y los impedimentos a dicha salida voluntaria, así como aquellas

medidas que la limiten o impidan al extranjero en España, por primera vez o como consecuencia de una conducta anterior¹⁴⁶.

A) Infracciones leves

Se tipifican en el artículo 52 de la LO 4/2000 de la siguiente manera:

a) *“La omisión o el retraso en la comunicación a las autoridades españolas de los cambios de nacionalidad, de estado civil o de domicilio, así como de otras circunstancias determinantes de su situación laboral cuando les sean exigibles por la normativa aplicable”*¹⁴⁷. En la redacción de la norma existe un inconveniente al no concretarse un término preciso a partir del cual se debe entender que el retraso es sancionable, lo que de momento hace que esta causa sea prácticamente inaplicable, pues la necesidad de que la misma se ajuste a los principios de legalidad y tipicidad impide que se lleve a la práctica si el particular carece de certeza acerca del momento a partir del cual su omisión resulta jurídicamente reprochable y es constitutiva de infracción¹⁴⁸.

b) *“El retraso, hasta tres meses, en la solicitud de renovación de las autorizaciones una vez hayan caducado”*¹⁴⁹.

¹⁴⁶ Sobre las infracciones administrativas, interesa: ALONSO PÉREZ, F., *Tipificación de las infracciones administrativas en la nueva Ley de Extranjería*, Diario la Ley núm. 5498, de 8 de marzo 2002, págs. 1 a 7.

¹⁴⁷ La LO 8/2000 introdujo en el artículo la última circunstancia, tal y como exigía el antiguo artículo 14, en relación con el 26.1, e) de la Ley de extranjería de 1985. La exigencia de la comunicación referida a los cambios de nacionalidad y domicilio es exigible, según el artículo 31.5 de la LO 4/2000, sólo a los extranjeros con permiso de residencia temporal, excluyendo de esa obligación a los que poseen un permiso de residencia permanente.

¹⁴⁸ En este sentido CAMPO CABAL, J.M., *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Madrid, 2001, pág. 369.

¹⁴⁹ Se hace referencia al retraso en la renovación de cualesquiera de las autorizaciones, de residencia o de trabajo. El plazo de tres meses hay que ponerle en relación con los artículos 29.1 y 37.5 del Reglamento de ejecución (RD 2393/2004) que permite la renovación de los permisos antes de los tres meses .

c) “*Encontrarse trabajando en España sin haber solicitado autorización administrativa para trabajar por cuenta propia, cuando se cuente con permiso de residencia temporal*”. La interpretación de este precepto ofrece alguna dificultad. El tenor literal del artículo 52, c) permite sostener que, teniendo permiso de residencia, sólo es sancionable como infracción leve la realización de trabajo por cuenta propia, no así la de trabajo por cuenta ajena, y que además, para enervar la infracción no es necesaria la obtención de permiso de trabajo, basta con tenerlo solicitado. Queda por determinar la compatibilidad de esta tipificación con la establecida en el Texto Refundido de la Ley sobre infracciones y sanciones en el orden social (Real Decreto Legislativo 5/2000) cuyo artículo 37 establece como infracción muy grave el hecho de que el extranjero, con o sin permiso de residencia, trabaje por cuenta propia sin el oportuno permiso de trabajo¹⁵⁰.

Respecto a las *sanciones* por la comisión de las faltas leves, el artículo 55.1, reformado por LO 8/2000, dispone que será la multa de hasta 300 euros. Por otro lado, siguiendo la línea marcada por el artículo 131 de la Ley 30/1992 (principio de proporcionalidad en materia sancionadora), el apartado 3 del propio artículo 55 determina que para la graduación de las sanciones se atenderá a criterios de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción; y para el caso específico de la multa el apartado 4º, del artículo 55 establece que para la determinación de la cuantía se tendrá especialmente en cuenta la capacidad económica del infractor. Es competente para la imposición de

¹⁵⁰ El artículo 149 del Reglamento de ejecución de 2004 establece la compatibilidad entre esta normativa y la legislación en materia de extranjería.

la sanción el Subdelegado del Gobierno o el Delegado de Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales.

B) Infracciones graves

El artículo 53 determina las infracciones de carácter grave, habiendo quedado redactado, tras la LO 14/2003, de esta manera: “*Son infracciones graves: a) Encontrarse irregularmente en territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia, carecer de autorización de residencia o tener caducada más de tres meses la mencionada autorización, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de la misma en el plazo previsto reglamentariamente*”.

Este apartado ha sido modificado por LO 14/2003 para adaptarlo a los nuevos requisitos que se exigen para la estancia en territorio español¹⁵¹. El supuesto enlaza el hecho de la expulsión al incumplimiento de las obligaciones administrativas respecto de la documentación del extranjero. Se parte en este supuesto de una entrada legal en España, en caso contrario daría lugar a la devolución. Para ello hay que distinguir la estancia irregular de la entrada ilegal, considerando como tal la entrada sin documentación, o sin los requisitos exigidos o fuera de los puestos habilitados o con prohibición de entrada¹⁵².

¹⁵¹ Sobre la entrada ilegal y la estancia irregular del extranjero resulta interesante: ANDRÉS SANCHIS, E., *La entrada ilegal de extranjeros en España y su tipificación como infracción administrativa*, en Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana, num. 4/2003, págs. 41 a 55.

¹⁵² Si bien este artículo no diferencia entre irregularidad sobrevenida y originaria, sin embargo en el supuesto del artículo 58.2, a) (“*Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España*”) resulta evidente que en este supuesto se trata de un acto consumado diferente de la estancia irregular sobrevenida que el legislador ha querido que el procedimiento administrativo sea el de devolución o retorno y no el sancionador de expulsión. Por supuesto que para acordar la expulsión como sanción deberá tramitarse el correspondiente expediente administrativo. Si comparamos la redacción originaria por LO 4/2000, con la reforma posterior, por LO 14/2003, sorprende la exclusión respecto al extranjero ilegal que

Se tipifica la estancia ilegal en España (“encontrarse irregularmente en territorio español”), por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia o autorización de residencia. Se puede considerar que se sanciona a los que, habiendo entrado legalmente incurran luego en situación irregular por no haber obtenido la correspondiente autorización, prórroga de estancia o permiso de residencia¹⁵³. No existe infracción cuando el extranjero ha solicitado el permiso de residencia o la prórroga de estancia y no ha obtenido todavía respuesta a su solicitud. El supuesto de hecho tipificado en este apartado no alcanza a los casos en los que exista una solicitud de renovación instada antes del plazo de tres meses, que esté pendiente de resolución, ni tampoco se incurre en la infracción si el permiso fue denegado y se recurrió ante la jurisdicción contencioso-administrativa¹⁵⁴. Por otra parte, aunque la duración de la “estancia” es de un máximo de tres meses, con posibilidad de prórroga por otros tres (artículo 30.3 LO 4/2000), sólo se incurre en la infracción si la estancia irregular se mantiene más de tres meses a contar desde la caducidad de la prórroga; es decir, que a los tres meses de estancia más tres de prórroga el artículo 53.2 añade un nuevo periodo de tres meses en el que, siendo la estancia irregular, no habrá sin embargo infracción.

b) “Encontrarse trabajando en España sin haber obtenido permiso de trabajo o autorización administrativa previa para trabajar, cuando no cuente con autorización de residencia válida”. A diferencia de la

logra entrar en España como causa de infracción, por cuanto que previéndose en el artículo 58.2, b) la denegación de entrada y retorno, si el extranjero lograba acceder a territorio español quedaría como persona impedida de acceder al mercado de trabajo legal al estar incurso en los supuestos de expulsión, formando parte de la bolsa de ilegales que la regulación de extranjería no ha sido capaz de evitar.

¹⁵³ En este sentido opinan DORADO NOGUERAS, F.M./ RODRÍGUEZ CANDELA, J.L., *Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador*, dentro de la obra colectiva “Comentario sistemático a la Ley de Extranjería”. Granada, 2001, págs. 844 a 847.

infracción leve del artículo 52, c), esta infracción comprende también el trabajo por cuenta ajena, así se desprende de la redacción del precepto que dice “haber obtenido” en vez de “haber solicitado” el permiso de trabajo. Debe notarse que quien incurra en esta infracción del artículo 53, b) habrá cometido también, probablemente, la infracción tipificada en el artículo 53, a); en cuyo caso se aplicaría únicamente la infracción del artículo 53, b) porque en ella queda comprendida la anterior¹⁵⁵.

c) Incurrir en ocultación dolosa o falsedad grave en el cumplimiento de la obligación de poner en conocimiento del Ministerio del Interior los cambios que afecten a nacionalidad, estado civil o domicilio. A diferencia de la infracción leve del artículo 52, a), aquí se exige que el incumplimiento de tal obligación se produzca mediante ocultación dolosa o falsedad grave¹⁵⁶. Este supuesto puede plantear problemas con respecto al delito tipificado en el artículo 393 CP que castiga al que “*a sabiendas de su falsedad, presentare en juicio o para perjudicar a otro, hiciere uso de un documento falso*”, pero es importante resaltar al respecto que en la infracción penal se exige alternativamente la presentación del documento falso en juicio o la intención de perjudicar a un tercero.

¹⁵⁴ STS, Sala III, Sección 7.ª, de 26 de junio de 1993, (La Ley Juris, 7703-5/1993).

¹⁵⁵ A esta solución llegan DORADO NOGUERAS, F.M. Y RODRÍGUEZ CANDELA, J.L., (*Las infracciones en materia de extranjería...*, cit., pág. 846), aplicando el artículo 4.4 del Reglamento del Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora. De distinta manera opina CALVO ROJAS, E., (*El procedimiento administrativo sancionador...*, cit., pág. 185), para quien el citado 4.4. del citado Reglamento se refiere al supuesto en que “de la comisión de una infracción se derive necesariamente la comisión de otra u otras”, y tal cosa no sucede necesariamente en el caso examinado. Por ejemplo, cuando el extranjero se encuentre trabajando sin autorización pero no hayan transcurrido tres meses desde la caducidad de su permiso de residencia o prórroga de estancia, habrá incurrido en la infracción del artículo 53, b), pero no en la del 53, a).

¹⁵⁶ Algún autor como CALVO ROJAS, E., (*El procedimiento administrativo sancionador...*, cit., pág. 185) comenta que en esta infracción se deberían incluir las comunicaciones sobre “circunstancias determinantes de su situación laboral”, mención que si aparece en la infracción leve del artículo 52.a).

d) *El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o de núcleos de población concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la presente ley.* La medida incumplida debe haber sido impuesta de forma individual por el Ministerio del Interior. No se cometería la infracción si se incumple alguna de las medidas cautelares impuestas por la incoación de un expediente sancionador de expulsión (artículo 61 LO 4/2000). En opinión de CAMPO CABAL¹⁵⁷, debe entenderse que para que proceda la imposición de la sanción que corresponda por incurrir en esta infracción, la medida fijada por razones de seguridad pública deberá encontrarse en firme y haber sido notificada debidamente al extranjero afectado por ella.

e) *La comisión de una tercera infracción leve, siempre que en un plazo de un año anterior hubiera sido sancionado por dos faltas leves de la misma naturaleza.* La reiteración debe ser en infracciones de la misma naturaleza, entendiendo que son de la misma naturaleza aquellas dictadas al amparo del mismo apartado del artículo 52¹⁵⁸.

f) *La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.* Este apartado ha sido reformado por LO 8/2000, mejorando la ambigua e insegura redacción de las leyes anteriores que tipificaban como infracción la participación del extranjero en “actividades ilegales o carecer de medios

¹⁵⁷ CAMPO CABAL, J.M., *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Madrid, 2001, pág. 379.

¹⁵⁸ La STC 150/1991, de 4 de julio (RTC 1991, 150), acerca de la legitimación de la reincidencia como agravante de las penas, ha señalado que “*la agravante no es contraria a la CE, en cuanto que puede sostenerse que reposa en una apreciación no arbitraria hecha por el legislador de la intensidad del injusto (mayor antijuricidad), y de la mayor culpabilidad, pues ambas apreciaciones pueden concurrir perfectamente*”.

de vida”¹⁵⁹ y su implicación en “actividades contrarias al orden público”¹⁶⁰. La redacción de este precepto constituye un avance respecto a la normativa anterior, desde el punto de vista de la seguridad jurídica y de la exigible precisión en la definición de conductas constitutivas de infracción.

Pero en la actual redacción la remisión en bloque a las infracciones graves de la LO 1/1992 puede plantear problemas, respecto al principio de proporcionalidad, por tratarse de conductas heterogéneas, recogidas en sus artículo 23 (que consta de quince apartados) y 24 que contienen una larga relación de conductas tipificadas como infracción grave¹⁶¹.

g) Las salidas del territorio español por puestos no habilitados, sin exhibir la documentación prevista o contraviniendo las prohibiciones legalmente impuestas. Este apartado es introducido como novedad por LO 8/2000. El artículo 28.1 de la citada Ley predica la libertad de toda persona para salir del territorio del Estado. Las únicas restricciones son las derivadas de la existencia de una causa penal pendiente, bien durante el procedimiento o para su ejecución, así como los reclamados para extradición, o en los supuestos de enfermedad contagiosa cuando se imponga la inmovilización o el internamiento obligatorio. Pueden surgir dudas sobre si pueden incurrir en esta infracción sólo los extranjeros o

¹⁵⁹ El artículo 26.1.f) de la LO 7/1985 establecía: “... *carecer de medios lícitos de vida, ejercer la mendicidad o desarrollar actividades ilegales*”. Ello consistía en una cláusula abierta que podía ser utilizada por la Administración como cajón de sastre en el que era posible subsumir cualquier hecho. Esta regulación, como recogía la Fiscalía en su Memoria de 1993, era atentatoria contra el principio de seguridad jurídica, al sancionarse a través del mismo conductas socialmente inocuas o carentes de reproche legal.

¹⁶⁰ Artículo 26.1, c, de la LO 7/1985.

¹⁶¹ Hay que destacar que dicha relación incluye conductas de naturaleza diversa y de muy distinta gravedad pues van desde la fabricación o tenencia de armas y explosivos que no sean constitutivas de infracción penal (artículo 23, a) y la apertura de establecimientos o celebración de espectáculos sin autorización (artículo 23, d) hasta el incumplimiento de las restricciones reglamentariamente impuestas a las embarcaciones de alta velocidad. Cuando en la comisión de cualquiera de estas conductas participe un extranjero estaremos ante una infracción grave del artículo 53, f, LO 4/2000.

también los españoles, aunque esta última posibilidad, comisión por español, no encuentra fácil acomodo en la legislación de extranjería.

Respecto a las *sanciones* por la comisión de una infracción grave, el artículo 55.1 LO 4/2000, prevé la multa como sanción ordinaria en cuantía de 301 hasta 6000 euros. Como decíamos anteriormente, el apartado 3 del propio artículo 55 determina que para la graduación de las sanciones se atenderá a criterios de proporcionalidad valorando el grado de culpabilidad, el daño producido o el riesgo derivado de la infracción; y para la determinación de la cuantía de la multa se fijará atendiendo la capacidad económica del infractor. Sucede, sin embargo, que la mayor parte de las veces la capacidad económica del infractor en materia de extranjería es nula, por carecer de medios económicos. Así, la sanción pecuniaria queda desprovista de virtualidad disuasoria y ejemplificadora, determinando, por ello, que las autoridades acudan con demasiada frecuencia a la sanción que el legislador ha previsto como alternativa, la expulsión del territorio nacional.

Si bien la sanción tipo por las infracciones graves es la multa, sin embargo el artículo 57.1 LO 4/2000 prevé que en determinados supuestos *“podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio español, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo”*. Tales supuestos son, según dicho precepto, los previstos como infracciones graves en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53, y en los previstos como infracciones muy graves (artículo 54).

C) Infracciones muy graves

Reguladas en el artículo 54 de la LO 4/2000, que establece:

a) *Participar en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la Ley Orgánica 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana*¹⁶². Realiza la ley una doble tipificación de infracciones muy graves. De un lado, la participación del extranjero en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países; no menciona la ley las actividades contrarias a la seguridad interior del Estado porque la referencia a estas debe entenderse contenida en la remisión que hace el segundo inciso y que no es otra que la implicación en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la LO 1/1992, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

Este segundo apartado reconduce a lo que dijimos sobre la correlativa infracción grave del artículo 53, f) de la LO 4/2000, pues según el artículo 24 de la LO 1/1992 son infracciones muy graves en materia de orden público las mismas que se tipifican como graves en los apartados a), b), c), d), e), f), h), i), l) y n) del artículo 23 de la propia ley, “*teniendo en cuenta la entidad del riesgo producido o del perjuicio causado, o cuando supongan atentado contra la salubridad pública, hubieran alterado el funcionamiento de los servicios públicos, los transportes colectivos o la regularidad de los abastecimientos, o se hubieran producido con violencia o amenazas colectivas*”. En definitiva, la LO 4/2000 no establece una descripción de conductas muy graves, ni la Ley de Seguridad Ciudadana a

¹⁶² Este párrafo se corresponde con el artículo 26.1 de la LO 7/1985, y a su vez reúne en un solo apartado el contenido de los antiguos apartados a) y b) del artículo 50 de la LO 4/2000, en su redacción originaria.

la que esta remite, tampoco, lo que atenta al principio de tipicidad y concreción de las infracciones.

b) *Inducir, promover, favorecer o facilitar con ánimo de lucro, individualmente o formando parte de una organización, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español o su permanencia en el mismo, siempre que el hecho no constituya delito.* Esta es la redacción dada por la LO 14/2003 que ha modificado las infracciones muy graves, extendiendo las conductas tipificadas como tales a todas las personas que, con ánimo de lucro, induzcan, favorezcan, promuevan o faciliten la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino en España. La infracción se solapa con el artículo 318 bis 2 y 5 del CP, salvo en la mención a la inducción. La referencia a la exigencia de que el hecho no fuese constitutivo de delito, puede ser innecesario dado los principios de supremacía del Derecho Penal sobre el Derecho administrativo sancionador. Podría considerarse que este supuesto constituye una fórmula vacía de contenido, pues no resulta fácil imaginar algún supuesto en el que, habiéndose descartado la responsabilidad penal del individuo en los casos previstos por este artículo, puede de cualquier forma hallársele responsable administrativamente, más aún si se tiene en cuenta el tenor del artículo 137 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, según el cual *“los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones públicas respecto de los procedimientos sancionadores que sustancien”*¹⁶³. También debemos tener en cuenta la prohibición de

¹⁶³ En ese sentido, CAMPO CABAL, J.M., *Comentarios a la Ley de Extranjería*, cit., pág. 386. En la misma línea, ARANGUEZ SÁNCHEZ, C., (*Comentarios a la Ley de Extranjería*, coord. CAMPO CABAL, J.M., Madrid, 2001, págs. 927 y 928) entiende que todos los casos que se pueden encuadrar en la infracción administrativa son, a su vez, constitutivos de delito, por lo que el

aplicar la sanción penal y administrativa acumulativamente, pues sería una infracción de la interdicción del *non bis in idem*.

c) *La realización de conductas de discriminación por motivos raciales, étnicos, nacionales o religiosos, en los términos previstos en el artículo 23 de la presente Ley, siempre que el hecho no constituya delito.* Según el precepto, representa discriminación todo acto que, directa o indirectamente, conlleve una distinción, exclusión, restricción o preferencia contra un extranjero basada en la raza, el color, la ascendencia o el origen nacional o étnico, las convicciones y prácticas religiosas, y que tenga como fin o efecto destruir o limitar el reconocimiento o el ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y de las libertades fundamentales en el campo políticos, económico, social o cultural. Al igual que en el apartado anterior, es difícil imaginar un supuesto sobre las conductas mencionadas que no constituya delito.

d) *La contratación de trabajadores extranjeros sin haber obtenido con carácter previo el correspondiente permiso de trabajo, incurriéndose en una infracción por cada uno de los trabajadores extranjeros ocupados.* Debemos entender que el supuesto sancionable no es solamente el de contratar formalmente, sino también el de utilizar sin contrato a un extranjero sin permiso para ello¹⁶⁴. Las conductas que se tipifican son prácticamente coincidentes con las del delito previsto en el artículo 312.2

artículo 54.1 de la Ley de Extranjería no tiene un espacio propio de aplicación que justifique su existencia.

¹⁶⁴ La Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2000 (citada por GÓMEZ OREA, M., en *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, coord. MOYA ESCUDERO, M., Granada, 2001, pág. 461) con citas a las de 29 de marzo de 1988 y 29 de mayo de 1991, entiende que: “sólo sería sancionable tal comportamiento cuando hubiera recaído la resolución denegatoria de la petición, no si la renovación se formuló con anterioridad a la caducidad del permiso y la Administración se demora en su pronunciamiento, al no equipararse la conducta de quien elude intencionadamente los controles administrativos con la de los que acreditan su cumplimiento”.

del Código Penal, de modo que no resulta fácil imaginar un supuesto en que pueda llegar a aplicarse esa infracción muy grave, ya que la conducta será sancionable como delito, pero la infracción penal exige la concurrencia de alguna de las condiciones que menciona el precepto: perjudicar, suprimir o restringir los derechos de los trabajadores.

Por otra parte, las infracciones de los apartados b), c) y d) del artículo 54 tienen en común el que pueden ser cometidas indistintamente por extranjeros o españoles, y en los tres supuestos se trata de conductas relacionadas con el trato indebido a los extranjeros.

e) La comisión de una tercera infracción grave siempre que en un plazo de un año anterior hubiera sido sancionado por dos faltas graves de la misma naturaleza. La reiteración debe ser en infracciones de la misma naturaleza, pero la dificultad aumenta a la hora de precisar cuándo nos encontramos ante infracción de la misma naturaleza, porque al remitirse en bloque a las Ley de Protección de Seguridad Ciudadana, ésta acoge en su seno conductas no ya distintas sino claramente heterogéneas.

f) Otras infracciones muy graves: Transporte irregular de extranjeros. Dentro del artículo 54 LO 8/2000 el legislador ha incluido como infracciones graves una serie de acciones relacionadas con el transporte de extranjeros; para ello da un tratamiento específico al incumplimiento de las obligaciones que el artículo 66 de la propia Ley Orgánica impone a los transportistas¹⁶⁵. Así, el artículo 54.2 tipifica como infracción muy grave: a) El transporte de extranjeros hasta el territorio español sin haber comprobado la validez y vigencia de sus pasaportes o

¹⁶⁵ Estas obligaciones a los transportistas son copiadas del artículo 26.1 a y b del Acuerdo de aplicación del convenio de Schengen (Boletín Oficial del Estado de 5 de abril de 1994). Conforme se establece en el citado convenio se entiende por transportista “*toda persona física*

documentos de identidad, o, en su caso, del correspondiente visado; y b) el incumplimiento de la obligación que incumbe a los transportistas de hacerse cargo sin pérdida de tiempo del extranjero que, por deficiencias en su documentación, no haya sido autorizado a entrar en España¹⁶⁶. Ahora bien, el apartado 3 del artículo 54 establece una suerte de excusa absolutoria para el transportista cuando señala que no se considerará infracción “...*el hecho de transportar hasta la frontera española a un extranjero que, habiendo presentado sin demora su solicitud de asilo, ésta le sea admitida a trámite...*”¹⁶⁷. Es decir, para que opere esta exculpación del transportista es necesario que el extranjero presente sin demora solicitud de asilo y que ésta le sea admitida a trámite¹⁶⁸.

g) *Otras infracciones: Extranjeros procesados o inculcados en proceso penal.* Establece el artículo 57.2 LO tras la reforma por LO 8/2000¹⁶⁹, como causa de expulsión que “*extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en*

o jurídica que realice, con carácter profesional, el transporte de personas por vía aérea, marítima o terrestre”.

¹⁶⁶ Además el artículo 54.2 al tiempo que tipifica las infracciones, amplía las obligaciones de los transportistas. Así, hace recaer sobre el transportista la obligación de hacerse cargo de los gastos de mantenimiento del extranjero y también, si así lo solicitan las autoridades encargadas del control de entrada, de los gastos de transporte de dicho extranjero, que habrá de producirse de inmediato, con dirección al país que hubiese expedido la documentación con la que viaje a cualquier otro Estado donde esté garantizada su admisión.

¹⁶⁷ Sobre la admisión a trámite de las solicitudes de asilo y el enunciado de las causas o motivos de inadmisión, véase lo dispuesto en los artículos 4.2 y 5.6 de la Ley 5/1984, modificada por Ley 9/1994, de 19 de mayo.

¹⁶⁸ En opinión de CALVO ROJAS, E., (*El procedimiento administrativo sancionador...*, cit., pág. 190) resulta difícilmente conciliable con el principio de culpabilidad el que la imposición o no de una sanción al transportista se haga depender de acontecimientos ajenos a su voluntad, como son que el extranjero presente la petición de asilo, y que la Administración decida en un determinado sentido, admisión a trámite, en un procedimiento, el de asilo, en el que el transportista no es parte.

¹⁶⁹ La LO 4/2000, en su redacción originaria, eliminaba como infracción el antiguo apartado d) del artículo 26.1 de la LO 7/1985, cual era haber sido condenado dentro o fuera de España por delito doloso sancionado con pena privativa de libertad superior a un año. La LO 8/2000

nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados". Su inclusión como infracción es errónea, ya que no aparece en los catálogos de infracciones de los artículos 52 a 54, ignorando si nos referimos a una sanción grave o muy grave, lo que repercute en determinar la aplicación del procedimiento de urgencia o a la hora de definir su régimen de prescripción. Incluso se puede considerar esta expulsión como sanción sin previa infracción¹⁷⁰, pero previa la tramitación del correspondiente expediente, que no se tratará, en este caso, de un expediente sancionador en sentido propio, sino de un procedimiento encaminado a constatar la concurrencia del presupuesto al que se anuda como consecuencia la expulsión¹⁷¹.

vuelve a introducirlo, pese a las múltiples críticas de la doctrina por suponer una vulneración del principio *non bis in idem*.

¹⁷⁰ Así lo entiende CALVO ROJAS, E., *El procedimiento administrativo sancionador...*, cit., pág. 196.

¹⁷¹ Hay que tener en cuenta que la posibilidad de expulsión se refiere al supuesto de que fuera condenado por sentencia firme, no a los supuestos de pendencia de un proceso penal en curso. En ese sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en Sentencia de 13 de octubre de 2004 (La Ley Juris 2194/2000 y publicado el fallo en BOE de 27 de diciembre 2004) por la que se anula el inciso "*ni tener proceso judicial en curso, salvo que el interesado acredite el archivo definitivo de la causa judicial o el sobreseimiento libre de las actuaciones*" que se contiene en el n.º 3 del artículo 1.1 del Real Decreto 239/2000, de 18 de febrero, por el que se establece el procedimiento para la regularización de extranjeros prevista en la disposición transitoria primera de la LO 4/2000, y se declara la nulidad de pleno derecho del citado artículo porque la norma reglamentaria se excede de la disposición transitoria 1.ª de la LO 4/2000, al referirse ésta sólo al hecho de haber sido condenado no al simple hecho de tener un proceso judicial en curso. Establece dicha sentencia: "*La ley sólo se refiere al hecho de haber sido condenado, y no al simple de tener proceso judicial penal en curso (...). Tratándose de extranjeros no residentes legalmente en España, el citado artículo 53.4 se remite al artículo 89 CP, para el caso de que fueran condenados por sentencia firme, el cual permite la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional, y del que se infiere que es la condena y no la mera pendencia de un proceso penal la que en cualquier caso impide la concesión de la autorización para residir o trabajar en España*".

La doctrina¹⁷² ha criticado esta reforma por considerar que supone una vulneración del principio *non bis in idem*, puesto que la causa de la sanción administrativa es la misma que la de la sanción penal. Con esta regulación legal nos encontramos ante dos sanciones, una condena penal, privativa de libertad, que ha sido cumplida en su integridad y con una sanción administrativa, la orden de expulsión impuesta, que no se aplica aquí por la comisión de una infracción sino como efecto anudado a la comisión de un delito por el que ya se ha impuesto la pena correspondiente. En ambas sanciones se cumplen los mismos presupuestos: Identidad de sujeto, identidad de hecho e identidad de fundamento, siendo el mismo interés jurídico que se protege con ambas sanciones, es decir, la necesidad de proteger la seguridad pública, en el supuesto de la sanción administrativa expulsando el que en su momento cometió un hecho delictivo. Nuestro derecho contiene figuras jurídicas compatibles con el respeto al principio *non bis in idem* y con el derecho del Estado a expulsar al delincuente, cual es el sustituto penal del artículo 89 CP, donde se sustituye la condena penal por la expulsión del territorio nacional, y el artículo 57.7 de la LO 4/2000, donde el inculcado o procesado por un delito podrá ser expulsado si está incurso en alguna de las causas de expulsión, antes de haber sido condenado, sin acumular ambas sanciones.

¹⁷² DORADO NOGUERAS, F.M./ RODRÍGUEZ CANDELA, J.L., *Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador...*, cit., pág. 854; MASSÓ GARROTE, M.F., (*Nuevo régimen de extranjería*, La ley, Madrid, 2001), opinan que la norma, en cuanto prevé dos sanciones, una penal y otra administrativa, contraviene el principio "*non bis in idem*", que tiene su amparo en el artículo 25.1 CE; en el mismo sentido opina VIDAL FUEYO, C., *La nueva ley de extranjería a la luz del texto constitucional*, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 62, mayo-agosto 2001. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid.

De distinta forma opina LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI¹⁷³ que fija como presupuestos de esta sanción: En primer lugar, es uno de los supuestos en que se aprecia los efectos supranacionales de una condena penal, puesto que habrá de tenerse en cuenta la pena impuesta, no sólo en España, sino en cualquier país del mundo. En segundo lugar, que el delito ha de ser doloso, sin que pueda aplicarse culpa o negligencia. En tercer lugar, que la pena que pueda imponerse por este delito en el CP sea superior a un año. En cuarto lugar, que los antecedentes penales no hayan sido cancelados.

El Tribunal Constitucional ha proscrito la compatibilidad entre penas y sanciones administrativas cuando concurre identidad de hecho, sujeto y fundamento jurídico¹⁷⁴. La única causa de expulsión es la comisión del propio hecho delictivo, que en este caso ya fue sancionado penalmente. Para el Tribunal Constitucional este principio supone que no recaiga duplicidad de sanciones, administrativa y penal, en los casos en los que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento¹⁷⁵, y la exigencia del principio *non bis in idem* aparece conectada con los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones y sanciones a que se refiere el artículo 25. 1 CE. Resulta indiscutible la regla general que impide que la potestad sancionadora de la Administración pueda desplegarse sobre los ilícitos que con anterioridad hubieran sido objeto de una pena criminal, siempre que en los hechos ilícitos se aprecie una triple identidad objetiva o fáctica, subjetiva y causal. Si bien la determinación de la identidad objetiva

¹⁷³ LÓPEZ MUÑIZ-GOÑI, M., *La nueva Ley de Extranjería. Guía práctica y jurisprudencia*, Colex. Madrid. 2001, pág.885.

¹⁷⁴ Entre otras, la STC 2/1981, de 30 de enero (RTC 1981, 2); STC 23/1986, de 24 de febrero (RTC 1986, 23); STC 94/1986, de 8 de julio (RTC 1986, 94); STC 122/1990, de 2 de julio (RTC 1990, 122); STC 152/1992, de 19 de octubre (RTC 1992, 152); STC 221/1997, de 4 de diciembre (RTC 1997, 221) y STC 335/1991 (RTC 1991, 335).

¹⁷⁵ STC 2/1981, de 30 de enero (RTC 1981, 2) y STC 77/1983, de 3 de octubre (RTC 1983, 77).

y subjetiva no plantea problemas especiales (la sanción de expulsión recae sobre el mismo sujeto y por los mismos hechos que motivaron la condena penal), si existe dificultad a la hora de determinar la noción de identidad causal o de fundamento¹⁷⁶. Según la Jurisprudencia debe recurrirse a la noción de semejanza entre los bienes protegidos por las distintas normas sancionadoras o entre los intereses tutelados por ellas¹⁷⁷. Pues bien, en tal regulación, artículo 57.2 LO 4/2000 reformado, la identidad de fundamento no concurre: “*La sanción penal recaída a un extranjero como autor de un delito contra la salud pública protege precisamente ésta como bien jurídico, mientras que la sanción de expulsión, basada en la condena penal, tiene como fundamento o responde a la tutela de intereses distintos, la seguridad pública, que determina la expulsión de que aquellos ciudadanos extranjeros que aprovechen la autorización de estancia en nuestro país para realizar actividades ilegales*”¹⁷⁸.

Sobre el principio *non bis in idem* se pronuncia la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia 678/1997, de 30 de mayo¹⁷⁹, en la que se señala: “*la existencia de esta*

¹⁷⁶ CALVO ROJAS, E., (*El procedimiento administrativo sancionador...*, cit., pág. 197) opina que también existe identidad en cuanto al fundamento, pues ningún precepto permite asignar a esta expulsión un fundamento que no sea la propia comisión del delito castigado con pena privativa de libertad superior a un año. Es decir, no existe una previa tipificación de conducta a la que se anude la sanción sino que se aplica ésta como efecto añadido a la condena penal. Si el delito ya ha sido castigado no hay razón para aplicarle una sanción administrativa adicional que nunca se impondría al nacional español que hubiese incurrido en ese mismo delito y cumplido idéntica pena. Una cosa es que en caso de delitos cometidos por extranjeros pueda resultar procedente su expulsión como alternativa al cumplimiento de la pena y otra muy distinta que el extranjero que comete el delito deba, una vez cumplida la pena impuesta, sufrir una sanción administrativa adicional.

¹⁷⁷ Sentencia de Sección Primera de Audiencia Provincial de Madrid, de 9 de diciembre 1998 (citada por LÓPEZ MUÑIZ GOÑI, M., *La nueva Ley de Extranjería...*, cit., pág. 910).

¹⁷⁸ Sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid num. 1065/1997 (citada por LÓPEZ MUÑIZ GOÑI, M., *La nueva Ley de Extranjería...*, cit., pág. 911).

¹⁷⁹ Recogida en sus argumentaciones por CALVO ROJAS, E., *El procedimiento sancionador...*, cit., pág. 198.

dualidad de sanciones no significa que un mismo hecho haya sido sancionado dos veces, sino que, dada la diversidad de fundamentos entre el proceso penal y el administrativo sancionador, sobre ese mismo hecho subsisten dos potestades sancionadoras y dos órdenes jurisdiccionales competentes para el establecimiento de dos sanciones: a) la jurisdicción penal para la irrogación de la pena correspondiente al delito, y b) la contencioso-administrativa para controlar la regularidad de una sanción de expulsión impuesta como consecuencia de la realización de una actividad ilegal en España... Esta dualidad, que no duplicidad de sanciones, podrían acumularse en un mismo órgano jurisdiccional penal, tal como aparece en la LO 7/1985 (delitos castigados con penal igual o inferior a prisión menor), o pueden desdoblarse y conferirse a dos distintos órdenes jurisdiccionales, penal y administrativo..., pues no se trata de volver a juzgar a un extranjero por un mismo hecho, sino de actuar dos normas sustantivas sancionadoras, con intereses y fundamentos jurídicos diferentes, ante la comisión de un ilícito penal que, en sí mismo, se erige en presupuesto determinante de la expulsión”.

Respecto a las *sanciones* por la comisión de una infracción muy grave, la sanción normal es la de multa, según dispone el artículo 55.1 LO 4/2000, que oscila desde 6001 hasta 60000 euros, excepto la prevista en el art. 54.2 b), que lo será con una multa de 3000 a 6000 euros por cada viajero transportado o con un mínimo de 500000 euros a tanto alzado, con independencia del número de viajeros transportados.

También regula la ley como sanción el decomiso (artículo 55.5 LO 4/2000) aunque la verdadera naturaleza de esta figura es la de una consecuencia accesoria. Esta medida acompaña a la sanción de multa o expulsión en los supuestos de infracción muy grave del artículo 54.1, b), es

decir, cuando se induzca, promueva o favorezca o facilite la inmigración clandestina. El objeto del decomiso serán los vehículos, embarcaciones, aeronaves y cualesquiera otros bienes muebles o inmuebles que hayan servido de instrumento para la comisión de la citada infracción. Tal posibilidad de decomisar los bienes se puede realizar al inicio de las investigaciones, quedando a disposición de la autoridad gubernativa, y a resultas del expediente sancionador¹⁸⁰. También se establece como consecuencia accesoria de la sanción en el párrafo 6º del artículo 55 de la Ley, la clausura del establecimiento o local, que procederá sólo en el supuesto de la infracción muy grave prevista en la letra d) del apartado 1 del artículo 54, referida a la contratación de trabajadores sin estar en posesión de los correspondientes permisos.

Otra sanción prevista para los extranjeros es la expulsión, regulada en el artículo 57 LO 57/2000, no como sanción propiamente dicha, sino como la posibilidad de sustituir la sanción normal de multa por la de expulsión, y solamente en determinados casos. La Ley también prevé como modalidades de sanción a los extranjeros la devolución del extranjero al país de procedencia y el retorno del extranjero no admitido a España, pero no son sanciones propiamente dichas, sino impedimentos de que puedan producirse infracciones posteriores, por entrar en España sin la documentación oportuna, o por lugares no habilitados. De dichas instituciones trataremos más adelante para distinguirlas de la expulsión.

¹⁸⁰ De forma similar ocurre en el procedimiento penal con los bienes utilizados para determinados delitos, como el tráfico de estupefacientes (artículo 374.2 CP).

2. RÉGIMEN DE LA EXPULSIÓN DEL TERRITORIO NACIONAL

La limitación más importante que al derecho de libre circulación y residencia se impone a los extranjeros que se hallen irregulares es la sanción de expulsión. La posibilidad de que la Administración Estatal imponga la expulsión del extranjero está reconocida en los textos internacionales¹⁸¹, como hemos visto, siempre que dicha decisión se adopte conforme a la ley y permitiendo que el extranjero exponga las razones que le asisten contra tal medida.

El régimen jurídico de la expulsión no es uniforme por tratarse de una medida que responde a diversas causas. Dentro del régimen sancionador, la medida más comúnmente utilizada es la expulsión del territorio nacional¹⁸².

Antes de analizar la expulsión en la nueva regulación debemos tener en cuenta la consideración que a los tribunales merece esta medida. Por un lado, es necesario que la ley de cobertura a esta medida para que pueda ser utilizada¹⁸³; por otro lado, es necesario cierto rigor en los procedimientos

¹⁸¹ La compatibilidad constitucional y con el marco internacional fue analizada en STC 242/1994, de 20 de julio (RTC 1994, 242) en la que se afirmó: "...del artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se derivan límites a las posibilidades abiertas al legislador para determinar los supuestos de expulsión de un extranjero que reside legalmente en un país: el primero de ellos, la predeterminación en una norma de las condiciones en que procede la expulsión; el segundo, la apertura de posibilidades de defensa del extranjero afectado, exponiendo las razones que le asisten en contra de su expulsión".

¹⁸² Los datos disponibles indican que en 2002 fueron expulsado de España 40.131 extranjeros, cifra superada en 2003, y en 2004, que desde 1 de enero a 31 de agosto el número de inmigrantes expulsados y rechazados ascendía a 73.747, siendo los principales puntos de entrada: Aeropuerto de Barajas, 4535 rechazados y 3500 expulsados; La Junquera, 41.192 devueltos; detenidos en Canarias y costa mediterránea, 11.022 detenidos. Información obtenida y publicada en Diario "El País" de 5 de noviembre de 2004.

¹⁸³ La STS de 11 de febrero 2000 (RJ 2000, 1703) da una caracterización general sobre la expulsión del territorio nacional cuando señala: "...la medida de expulsión de extranjeros del territorio nacional debe fundarse en alguno de los supuestos previstos en la Ley de Extranjería u otro texto legal de igual valor, cuando se decreta la expulsión y no concurre la causa o causas legales invocadas por la Administración, la resolución administrativa infringe la

de forma que aún siendo lícita su utilización no puede realizarse la misma cuando la propia Administración tenga pendientes de resolver alguno de los procedimientos administrativos iniciados a instancia del extranjero y con la finalidad de arreglar o legalizar su situación¹⁸⁴.

La expulsión del extranjero aparece recogida en el artículo 28 de la LO 4/2000, junto con la devolución, como una salida obligatoria del territorio español. El legislador para referirse a esta salida obligatoria utiliza términos distintos: expulsión, devolución y retorno, que distinguiremos convenientemente.

La LO 4/2000 distingue dos causas de expulsión de extranjeros: administrativa y judicial. Nos ocuparemos en el presente apartado de la expulsión administrativa, que se regula en el artículo 57.1 y 2 de la Ley.

En el marco jurídico que regula la expulsión administrativa podemos, a su vez, subdistinguir dos supuestos que permiten la misma: como régimen sustitutorio de la sanción o como accesoria y sobrevenida en supuestos de extranjeros condenados por determinados delitos.

A) La expulsión como régimen sustitutorio de la sanción

La LO 4/2000, tras la reforma por LO 8/2000, regula en el artículo 57.1 la expulsión del extranjero del territorio nacional como régimen

libertad de circulación que contempla el artículo 19 CE, aplicable a los extranjeros en virtud de lo prevenido en el artículo 13.1 CE”.

¹⁸⁴ STS de 29 de marzo de 1988 (RJ 1988, 2549), STS 29 de mayo 1991(RJ 1991, 3902) y 19 de febrero 2000 (RJ 2000, 2886) estiman “...*que no cabe equiparar la conducta de quien elude los controles administrativos y desarrolla actividades lucrativas subrepticias con la de quien acredita el cumplimiento de dichos controles, caso análogo al presente en que el recurrente había interesado legalizar su situación en España y sin haberle resuelto la Administración su petición, se le expulsa por encontrarse ilegalmente en territorio español, ya que la Administración le debería haber resuelto aquella petición y una vez denegada por causas justificadas, podría haber ordenado su expulsión...*”.

sustitutorio, al establecer: “*Cuando los infractores sean extranjeros y realicen conductas tipificadas como muy graves, o conductas graves de las previstas en los apartados a), b), c), d) y f) del artículo 53 de esta Ley Orgánica, podrá aplicarse en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional, previa la tramitación del correspondiente administrativo*”¹⁸⁵. Es decir, podrá incoarse un procedimiento administrativo de expulsión cuando los extranjeros sean presuntamente responsables de alguna de las infracciones graves previstas en los apartados mencionados (que ya comentamos anteriormente). Pueden existir dudas sobre la naturaleza jurídica sancionadora de la expulsión, pues a pesar de no estar regulada en el catálogo de sanciones del artículo 55, sin embargo el propio artículo 57, en sus párrafos 1, 3, 5 y 7, se refiere a la expulsión como sanción tras un procedimiento administrativo¹⁸⁶.

¹⁸⁵ Su precedente era el artículo 26.1 de la LO 7/1985, que disponía: “*los extranjeros podrán ser expulsados de España, por resolución del Director de la Seguridad del Estado, cuando incurran en alguno de los supuestos previstos en los supuestos siguientes...*” que son las infracciones a las que nos hemos referido anteriormente. En la redacción originaria de la LO 4/2000, se regulaba en el artículo 53.1.

¹⁸⁶ La STS, Sala III, Sección 3.ª, de 7 de abril de 1997, (La Ley Juris-4687/1997), ha precisado la naturaleza jurídica de esta medida, señalando que “*la expulsión del territorio nacional de un súbdito extranjero por no hallarse legalmente en territorio español no constituye, por su naturaleza, la imposición de una sanción, sino una medida administrativa limitativa de derechos que debe ajustarse al principio de legalidad, dada la trascendencia que alcanza en relación con los derechos fundamentales de los extranjeros en España (artículo 13.1 en relación con el 19 CE), correspondiendo la carga de la actividad probatoria a la Administración que resuelve la expulsión*”. En la misma línea, la STC 242/1994, de 29 de julio (RTC 1994, 242), ha señalado que parece evidente que no puede ser calificada como pena, ya que no se concibe como modalidad del ejercicio del “*ius puniendi*” del Estado frente a un hecho legalmente tipificado como delito, sino como medida frente a una conducta incorrecta del extranjero en el Estado en que legalmente reside, pudiendo éste imponer esta medida en el marco de una política criminal vinculada a la política de extranjería.

Como dice LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M.,(La nueva Ley de Extranjería.Guía práctica y jurisprudencia, cit., pág. 873) es importante la doctrina del Tribunal Supremo en el sentido de que la expulsión no es propiamente una sanción, sino una medida administrativa limitativa de derechos que debe ajustarse al principio de legalidad; entre otras citadas por el citado autor SSTS, Sala III, de 15 de septiembre de 1994, (La Ley Juris 8036/1994); y de 7 de abril de 1997 (La Ley Juris 4687/1997).

Si examinamos los supuestos que menciona el apartado 1 del artículo 57 se comprueba que la previsión de expulsión como sanción alternativa afecta a las infracciones más comunes, resultando aplicable a conductas de distinta gravedad¹⁸⁷. La expulsión como régimen sustitutorio de la sanción trata de conjugar dos elementos: la peligrosidad de la conducta y la posibilidad de que, dadas las condiciones personales del extranjero, el mismo no pueda hacer frente a las sanciones que le sean impuestas en España, lo que conduzca a una situación de impunidad real. De ahí que se pueda optar por la expulsión, como única sanción posible y real.

La resolución sancionadora de expulsión, en cuanto acto administrativo, se regula en el Reglamento de ejecución, RD 2393/2004 artículos 138 a 142; requiriendo la instrucción de un expediente administrativo tendente a comprobar que se cumplen los supuestos de hecho que dan cobertura a esta medida, en él se cumplirán los principios de audiencia, legalidad y tipicidad, como examinamos más detenidamente en otro apartado.

Un primer problema que se plantea es si la sanción de expulsión se configura como subsidiaria o como alternativa, dado los términos potestativos en que se atribuye a la Administración, al decirse que “podrá aplicarse”; la cuestión se resuelve con una interpretación gramatical del artículo 57.1 LO 4/2000¹⁸⁸. La expulsión se venía configurando como una medida excepcional, pero la Jurisprudencia la convierte en una medida

¹⁸⁷ Hay que recordar que entre las infracciones a las que es aplicable la expulsión se incluyen las graves del artículo 53, f) y las muy graves del artículo 54.1, LO 4/2000, lo que a su vez nos remite a la larga y heterogénea lista de conductas constitutivas de infracción grave o muy grave de la LO 1/1992, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana.

alternativa sin más en los supuestos en los que así está previsto. Incluso se puede añadir que ahora es la regla salvo justificación en contrario¹⁸⁹.

Otro problema que se puede plantear es determinar los criterios que permitan graduar la sanción a imponer, multa o expulsión. Si atendemos a qué sucede en la práctica, la Administración impone la sanción de expulsión cuando considera probada la realización de la infracción, por ejemplo, la estancia irregular (artículo 53, a), cuya comisión es de tracto continuado y dado que la sanción de multa, nada aportaría a la situación irregular constitutiva de la infracción, podría darse el caso de que en relación con una misma persona exista una “interminable cadena de multas”¹⁹⁰; además, si tenemos en cuenta la falta de virtualidad de la multa en muchos supuestos, por insolvencia del extranjero, explica la propensión de la Administración a aplicar esta sanción¹⁹¹. En consecuencia, a pesar de los términos alternativos en la redacción de la ley, en la práctica la sanción que se impone es la de expulsión del territorio nacional.

Para optar entre la multa o la expulsión hay que acudir a los criterios de proporcionalidad, conforme se establece en el párrafo 3º del artículo 55, es decir, a la adecuación entre la gravedad del hecho y la sanción, teniendo

¹⁸⁸ En ese sentido la STSJ de la Comunidad Valenciana nº 1990/2002, de 4 de diciembre, estima que “*la expulsión es una sanción alternativa y no subsidiaria de la multa por una interpretación gramatical del precepto*”.

¹⁸⁹ En este sentido Sentencia Tribunal Superior de Justicia del País Vasco num. 575/2002 (RJCA 2003, 481, Recurso contencioso-administrativo num. 2290/2001) en la que se señala que “... *con carácter previo, se debe significar que la sanción de expulsión no tiene el carácter de excepcional para la represión de las infracciones graves en los supuestos en que así lo autoriza la LO 4/2000, entre otras razones porque en ningún momento esa norma orgánica la define como excepcional sino como alternativa a la sanción de multa...*”.

¹⁹⁰ Así opina ANDRÉS SANCHIS, E., *La entrada ilegal de extranjeros en España y su tipificación como infracción administrativa*, Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana, nº 4, 2003, pág. 55.

¹⁹¹ La STSJ de la Comunidad Valenciana nº 1990/2002, de 4 de diciembre, afirma que con la multa “*se perpetuaría la antijuricidad del ilícito administrativo*”.

en cuenta, además, las circunstancias de arraigo en España, la situación personal y familiar del infractor y el grado de culpabilidad¹⁹².

Desde otra perspectiva, el encaje de la expulsión con el principio de proporcionalidad queda dificultado porque, a diferencia de la multa, la expulsión del territorio nacional es una sanción que por su propia naturaleza no admite graduaciones. Es decir, los criterios de proporcionalidad enunciados en el artículo 55.3 antes citado será útiles para dilucidar si se aplica la sanción de multa o la expulsión, pero si se opta por ésta última, no será posible graduación en lo que se refiere al hecho mismo de la expulsión.

Por otra parte, y aunque se trate de una previsión probablemente innecesaria, nunca se pueden acumular la sanción pecuniaria y la expulsión, so pena de vulnerar el principio *non bis in idem*, conforme al art. 57.3 LO 4/2000.

Junto a la expulsión tenemos la *prohibición de entrada*, recogida en el artículo 58.1 que establece: “*Toda expulsión llevará consigo la prohibición de entrada en territorio español por un periodo mínimo de tres años y máximo de diez*”. Se trata de una consecuencia accesoria de la sanción principal, la expulsión. La graduación si resulta obligada en lo que se refiere a la prohibición de nueva entrada en territorio español, puesto que si se contempla esta prohibición, como efecto inherente a la expulsión, “por un periodo mínimo de tres años y máximo de diez”, es claro que esta horquilla temporal deja algún margen para que entren en juego criterios de proporcionalidad¹⁹³.

¹⁹² En ese sentido por aplicación del artículo 131.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas.

¹⁹³ El artículo 10 del Reglamento de ejecución de 2004 regula los supuestos de prohibición de entrada de los extranjeros impidiendo el acceso al territorio español en cinco supuestos: a)

La expulsión también lleva aparejada la extinción de cualquier autorización para permanecer en España, así como el archivo de cualquier procedimiento que tuviera por objeto la autorización para residir o trabajar en España del extranjero expulsado, según establece el artículo 57.4 de la Ley, tras la reforma por LO 11/2003.

Existen supuestos en que no procede la expulsión del extranjero. La Administración sancionadora tiene restringida la potestad para imponer la sanción respecto de los extranjeros en los que concurran determinadas circunstancias recogidas en los apartados 5 y 6 del artículo 57 LO 4/2000¹⁹⁴, si bien el primero de ellos señala que la restricción no operará, y por tanto si podrá acordarse la expulsión, cuando la infracción cometida sea la del artículo 54.1.a (conductas contrarias a la seguridad exterior de España o infracciones muy graves de la LO de Protección de la Seguridad Ciudadana) o suponga una reincidencia en la comisión en el término de un año de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión.

Cuando hayan sido previamente expulsados y se encuentren en el plazo de prohibición de entrada; b) Cuando hayan sido objeto de devolución y se encuentren en el plazo de prohibición de entrada; c) Cuando se encuentren reclamados judicialmente por autoridades judiciales o policiales de otros países; d) Cuando exista prohibición expresa de entrada por el Ministerio del Interior; e) Cuando tengan prohibida la entrada en virtud de convenios internacionales.

¹⁹⁴ Establece el apartado 5º del artículo 57: “La sanción de expulsión no podrá ser impuesta salvo que la infracción cometida sea la prevista en el artículo 54, letra a) del apartado I, o suponga una reincidencia en la comisión en el término de un año, de una infracción de la misma naturaleza sancionable con la expulsión, a los extranjeros que se encuentren en los siguientes supuestos: a) Los nacidos en España que hayan residido legalmente en los últimos cinco años; b) Los que tengan reconocida la residencia permanente; 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.

6. Tampoco podrán ser expulsados los cónyuges de los extranjeros, ascendientes e hijos menores o incapacitados a cargo del extranjero que se encuentre en alguna de las situaciones señaladas anteriormente y hayan residido legalmente en España durante más de dos años, ni

En este punto debe recordarse, de conformidad con la STC 24/2000¹⁹⁵ que *“...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...”*.

Finalmente, el artículo 59 de la LO 4/2000 regula una especie de perdón legal para el extranjero que habiendo incurrido en determinadas infracciones, haya sido víctima, perjudicado o testigo de un acto de tráfico ilícito de seres humanos, inmigración ilegal, tráfico ilícito de mano de obra o de explotación de la prostitución con abuso de la situación de necesidad, si denuncia a las autoridades a los autores y cooperadores de dicho tráfico, o presta su colaboración aportando datos esenciales o testificando en el proceso correspondiente (artículo 59.1). A los que hayan quedado exentos de responsabilidad por esta causa se les facilitará, a su elección, el retorno a su país de origen o la estancia y residencia en España, así como permiso de trabajo y facilidades para su integración social (artículo 59.3).

B) La expulsión sobrevenida en supuestos de extranjeros condenados por determinados delitos

La expulsión procede también por el simple hecho de que el extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por conducta dolosa que constituya en nuestro derecho delito sancionado con pena privativa superior a un año, salvo que los antecedentes penales hubieran sido cancelados (artículo 57.2 LO 4/2000). El automatismo en la aplicación de la expulsión exige, no obstante, que se tramite un expediente

las mujeres embarazadas cuando la medida pueda suponer un riesgo para la gestación o para la salud de la madre”.

administrativo en el que se acredite la circunstancia de que se trata de un extranjero y que se da la circunstancia de haber delinquido y haber sido condenado a una pena superior a un año.

Con relación a esta causa de expulsión, conviene recordar que la LO 4/2000 eliminó como infracción el antiguo apartado d) del artículo 26.1 de la derogada LO 7/1985. Sin embargo, la LO 8/2000 vuelve a introducirlo en el artículo 57.2, a pesar de las múltiples críticas de la doctrina por suponer una vulneración del principio *non bis in idem*¹⁹⁶. En el mismo sentido, BELTRÁN DAMIÁN¹⁹⁷ opina que esta causa de expulsión ha sido doctrinalmente discutida por atentar al artículo 25.2 CE, que recoge el carácter de reeducación y reinserción de las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad. En contra de esta doctrina, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado reiteradamente sobre la compatibilidad entre la sanción penal y la expulsión¹⁹⁸.

¹⁹⁵ STC 24/2000, de 31 de enero (RTC 2000, 24).

¹⁹⁶ Así opinan ALONSO PÉREZ, F., *Expulsión administrativa de extranjeros, innovaciones introducidas por las Leyes Orgánicas 11/2003, de 29 de septiembre y 14/2003, de 20 de noviembre*, La Ley, pág. 5; y DORADO NOGUERAS, F./ RODRÍGUEZ CANDELA, J.L., *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, cit., pág.854.

¹⁹⁷ BELTRÁN DAMIÁN, M^a.A., *Comentarios a la Ley de Extranjería*, coord. ASENSI SABATER, J., Zaragoza, 2001, pág. 442.

¹⁹⁸ El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en Auto de 3 de octubre de 1997 (RTC 1997, 331, Auto), en el que se dice que “*aunque la expulsión del territorio nacional de un extranjero haya sido conceptualizada como sanción y que por eso queda sometida a la garantía del artículo 25.1 CE, sin embargo, dicha expulsión por España no puede ser confundida con una pena de la que le separan el fundamento y los fines que persigue*”. También STC 242/1994, 20 de julio 1994, (RTC 1994, 242) que establece “... *una cosa es que el actor haya traficado con droga y que esa conducta le haya acarreado una pena privativa de libertad, y otra cosa es que su derecho a residir en España que se encontraba condicionado legalmente al requisito de no cometer delito doloso de cierta gravedad, haya quedado extinguido al incumplir ese requisito legal. Mientras que la expulsión del territorio nacional ha sido acordada en el marco de la política de extranjería, que son dos ámbitos que atienden a intereses públicos netamente diferentes (STC 234/1991) que el actor haya cumplido la pena impuesta extinguiendo la responsabilidad criminal declarada por la previa sentencia condenatoria, no guarda relación alguna con el dato cierto de que su conducta delictiva ha ocasionado la pérdida del derecho a residir en España...*”. También el Tribunal Supremo en Sentencia de 22 de mayo 2000 (RJ 2000, 4765) establece: “...*cuando se denuncia la infracción*

C) Diferenciación de la expulsión con otras figuras afines

La LO 4/2000 incurre a veces en imprecisiones terminológicas que inducen a confusión, por lo que debemos distinguir entre: Denegación de entrada y rechazo en frontera o retorno, devolución, y expulsiones con intervención judicial, previstas en la ley para el extranjero procesado o inculcado en un proceso penal, o como sustitutiva de la pena o de medida de seguridad. Vamos a examinar por separado cada uno de estos apartados, tratando de manera más detallada la expulsión de extranjeros sujetos a causa penal.

a) Denegación de entrada y rechazo en frontera. Retorno

Podemos definir la denegación de entrada como un acto administrativo de naturaleza no sancionadora que se adopta por un funcionario competente en el puesto fronterizo, con el objeto de impedir la entrada en España al extranjero que no cumple los requisitos necesarios para la misma¹⁹⁹. La denegación de entrada se produce en un puesto fronterizo y la consecuencia más inmediata es el rechazo en frontera. Aparece regulada en el artículo 26.2 LO 4/2000 que establece: “A los

del artículo 25 CE en relación con el artículo 26, 1, c) de la LO 7/1985, por entender el recurrente en casación que no existe incompatibilidad alguna entre la sanción penal y la expulsión nacional, al tener una y otra decisión fundamentos diferentes, aunque se impongan al mismo sujeto y por los mismo hechos, como ocurre en este caso y lo viene a avalar la propia Ley, que en algún supuesto, como el del artículo 26.1 d) considera como causa de expulsión determinados hechos delictivos condenados penalmente”.

¹⁹⁹ En este sentido se define por DORADO NOGUERAS, F.M./ RODRIGUEZ CANDELA, J.L., *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, cit., pág. 857.

extranjeros que no cumplan los requisitos establecidos para la entrada, les será denegada mediante resolución motivada...²⁰⁰.

Hay que partir de que el ciudadano extranjero que pretenda entrar en España deberá cumplir los requisitos exigidos en la ley (artículo 25 y ss. LO 4/2000 y artículos 4 a 8 del Reglamento de ejecución, aprobado por RD 2393/2004)²⁰¹, y además se exige un requisito negativo: No estar sujeto a prohibiciones expresas de entrada, como el haber sido previamente expulsado de España; hallarse incurso en supuesto de infracción sancionable con expulsión; o hallarse reclamado en relación con causa criminal por las autoridades judiciales o policiales de otros países (artículo 10 RD 2393/2004).

A los extranjeros que no reúnan dichos requisitos les será denegada la entrada; denegación que se formalizará mediante resolución, motivada y notificada al extranjero con información de los recursos contra la misma y con derecho a asistencia letrada (artículo 13.1 RD 2393/2004).

²⁰⁰ El artículo 13 del Reglamento de ejecución (RD 2393/2004) especifica que al extranjero que se le deniegue la entrada deberá permanecer en el puesto fronterizo hasta que retorne al lugar de procedencia o continúe viaje hacia otro país.

²⁰¹ Son requisitos del régimen de entrada al territorio nacional: Respecto al lugar, la entrada deberá efectuarse por los puestos habilitados al efecto, normalmente los puestos fronterizos en frontera terrestre y en puertos y aeropuertos (artículos 1 y 2 RD 2393/2004). Respecto a la documentación, será necesario hallarse provisto de los siguientes documentos: pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad o documento nacional de identidad (artículos 5 y 6 RD 2393/2004). El visado, entendido como el documento por el que el Estado español autoriza la entrada en su territorio, es el documento esencial en el control de los flujos migratorios. La LO 14/2003, de 20 de noviembre, de reforma de la LO 4/2000, establece que el visado no sólo puede servir para entrar en España sino que, además, puede habilitar para permanecer en territorio español en la situación para cuyo fin haya sido concedido, regulándose varias clases de visados: de tránsito, de estancia, de residencia, de estudios y de trabajo y residencia. El artículo 4 del RD 2393/2004 exige los siguientes requisitos: Titularidad del pasaporte o documento de viaje, titularidad del correspondiente visado, justificación del objeto y las condiciones de estancia y acreditación de los medios económicos suficientes para su sostenimiento durante el período de permanencia en España. Respecto al motivo, deberá declararse el motivo de la solicitud de entrada y presentar los documentos que la justifiquen (artículo 7 RD 2393/2004). Respecto a los medios económicos, se acreditarán los mismos para

Por otra parte, la LO 4/2000 dispone en el artículo 60.1: “*Los extranjeros a los que en frontera no se les permita el acceso serán retornados...*”, confundiendo la citada ley, en opinión de algunos autores²⁰², la figura del retorno con la de rechazo en frontera. Ambos preceptos hacen referencia, sin duda, al rechazo en frontera²⁰³; la remisión al artículo 60 confunde, al pensar que las denegaciones de entrada son punidas con la sanción de devolución o retorno, pero la denegación de entrada se concretará en un rechazo en frontera, sin carácter sancionador.

Lo cierto es que la ejecución de la medida de rechazo en frontera, denominada “retorno”²⁰⁴, se rige por lo dispuesto en el artículo 60 de la LO 4/2000. Según este precepto los extranjeros a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país serán retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible; y si el retorno fuese a retrasarse más de 72 horas la autoridad gubernativa se dirigirá al Juez de Instrucción para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno.

Esta regulación tiene su antecedente en el artículo 11.3 de la LO 7/1985, que se refería a lo que podía denominarse “rechazo en frontera”, cuando el extranjero todavía no había consumado el acceso al país, y los servicios policiales denegaban la entrada cuando faltaban los requisitos

el sostenimiento durante el periodo de permanencia, si así lo exigen los funcionarios del control de entrada (artículo 8 RD 2393/2004).

²⁰² DORADO NOGUERAS, F.M./ RODRÍGUEZ CANDELA, J.L., *Comentario sistemático a la ley de extranjería*, cit., pág. 861.

²⁰³ El artículo 26.2 LO 4/2000 puede ser criticado por incompleto por olvidar la referencia a las consecuencias que produce el acto administrativo, es decir, omite cualquier mención al rechazo en frontera.

²⁰⁴ Retornar es según la Real Academia de la Lengua Española, volver al lugar o a la situación en que se estuvo, siendo el retorno la acción y efecto de retornar. El retorno, en nuestro caso, es la actividad administrativa por la cual un extranjero que intenta entrar en nuestro país por sitio habilitado para ello sin contar con la documentación necesaria, o sin

necesarios para la misma. Con esta regulación nos encontrábamos ante dos niveles de reacción ante la entrada ilegal de extranjeros en nuestro país: el rechazo, antes de consumarla y la devolución una vez perfeccionada.

En el mismo sentido el artículo 156 del Reglamento (RD 2393/2004) dice: *“1. Se acordará el retorno cuando el extranjero se presente en un puesto fronterizo habilitado y no se le permita la entrada en el territorio nacional por reunir los requisitos previstos al efecto en este reglamento. 2. La resolución de retorno se dictará como consecuencia de la resolución de denegación de entrada dictada por los funcionarios policiales responsables del control de entrada, mediante el procedimiento oportuno 3. El retorno se ejecutará de forma inmediata y, en todo caso, dentro del plazo de 72 horas desde que se hubiese acordado. Si no pudiera ejecutarse dentro de dicho plazo, la autoridad gubernativa o, por delegación de ésta, el responsable del puesto fronterizo habilitado se dirigirá al Juez de Instrucción para que determine el lugar donde haya de ser internado el extranjero, que no podrá tener carácter penitenciario, hasta que llegue el momento del retorno”*. Nos encontramos ante una verdadera situación de detención, cuya prolongación más allá de las 72 horas requiere autorización judicial para el internamiento, que no tendrá carácter penitenciario (artículos 60.3 LO 4/2000 y 156.3 RD 2393/2004). Siendo el plazo máximo imprescindible para la ejecución del retorno (artículo 60.1 LO 4/2000) y en todo caso no superior a cuarenta días.

Sobre la naturaleza jurídica del retorno, la Consulta 1/2001, de la Fiscalía General del Estado, sobre “el retorno de extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en España: alcance y límites” destaca que, a diferencia

cumplir los requisitos que exige nuestra legislación, es retornado al país desde el que intenta penetrar.

de los casos de expulsión, el retorno es un acto administrativo carente de naturaleza sancionadora. Se trata de una medida administrativa de policía tendente al mantenimiento del orden público, que se adopta tras la tramitación del procedimiento oportuno, sin que lleve aparejada la prohibición de entrada en el territorio español y cuyo internamiento se rige por lo dispuesto en el artículo 60 de la LO 4/2000²⁰⁵.

También la LO 4/2000 mezcla y confunde la devolución con el rechazo en frontera, como se desprende del artículo 58.2.b) LO 4/2000 que establece: *“No será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros:...b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país”*²⁰⁶. Se considera ilegal toda forma de entrada en el territorio nacional en la que no se cumplan los requisitos antes enumerados (artículo 25. 1 y 2 LO 4/2000), si bien existen excepciones en las que, pese a no concurrir dichos requisitos, la entrada no se considera ilegal, como son a los extranjeros que soliciten derecho de asilo en el momento de la entrada, ni tampoco aquellos en los que concurran circunstancias excepcionales de índole

²⁰⁵ La mencionada Consulta analiza las diferencias entre la medida de expulsión y el retorno, apuntando, entre otras, las siguientes conclusiones: 1ª. La expulsión constituye una sanción administrativa, que lleva aparejada la prohibición de entrada en España por un lapso temporal y que precisa de la tramitación de expediente administrativo en el que se acredita la comisión del ilícito sancionado. 2ª. La devolución o retorno no es propiamente una sanción, sino una medida para el restablecimiento inmediato del orden jurídico perturbado que se acuerda, sin necesidad de incoar expediente de expulsión, por resolución administrativa de la autoridad competente y que no lleva aparejada la prohibición de futura entrada. 3ª. La adopción de la medida de devolución o retorno sin previo expediente se justifica en atención a la flagrancia de la infracción administrativa consistente en la entrada ilícita en territorio español. Es decir, con la expresión legal “los que pretenden entrar ilegalmente en el país” que utiliza el artículo 54.2, b), se acota la figura del retorno y se aplica a aquellos que sean sorprendidos de un modo patente o “*in fraganti*” en su acción de entrada ilícita en España, lo que justifica la respuesta más contundente e inmediata del retorno frente a la expulsión. 4ª. La elección de la medida de retorno no es óbice para que pueda recibirse declaración a las personas a quienes se aplique la misma.

²⁰⁶ Antecedente de este artículo lo fue el artículo 36.2 de la LO 7/1985, que decía: *“No será preciso expediente de expulsión para la devolución(...) para aquellos que hayan entrado ilegalmente en el país”*. Así sólo pueden entenderse subsumidas en la redacción vigente del artículo 58.2, b), aquellas conductas no consumadas de entrada ilegal en el país.

humanitaria, interés público o compromisos adquiridos por España (artículo 25.3 y 4 LO 4/2000).

Y es que existen dos realidades diferenciadas: por un lado, la de quienes presentándose en un puesto fronterizo solicitan su entrada, supuesto en el que se puede denegar con el rechazo en frontera y retorno consiguiente; y por otro, la de aquellos que pretenden entrar ilegalmente en el país por puesto no habilitado, lo que determinará una devolución a su punto de origen. En la figura del retorno no llega a producirse propiamente la entrada en territorio español, y por lo tanto no puede hablarse de ilícito administrativo²⁰⁷. Aún cuando son realidades distintas, el rechazo en frontera o retorno se puede servir en ocasiones del procedimiento de la devolución, llegando a exigir los mismos requisitos que ésta si la demora en su ejecución supera las 72 horas, teniendo que solicitar al Juez la oportuna autorización de internamiento en un centro no penitenciario²⁰⁸.

En conclusión, podemos afirmar que el rechazo en frontera o retorno es a la denegación de entrada, lo que la devolución a la prohibición de entrada, es decir, un medio de ejecución forzosa de una obligación de regreso del extranjero a su punto de origen. La denegación de entrada y el rechazo en frontera son figuras tan próximas entre sí, con objetivos tan idénticos, que suelen prestarse a confusión, aunque uno es la causa y el otro el efecto²⁰⁹.

²⁰⁷ La LO 8/2000, de 22 de diciembre, de reforma de la LO 4/2000, modifica la redacción originaria que postulaba el retorno para los supuestos en que ahora la nueva redacción habla de devolución. Tras la reforma queda claro que retorno y devolución son figuras distintas.

²⁰⁸ El procedimiento para el retorno viene regulado en los artículos 60, apartado 2 y 3 de la Ley y en el artículo 156, apartados 2 a 6 del Reglamento de ejecución.

²⁰⁹ En ese sentido DORADO NOGUERAS, F.M./ RODRÍGUEZ CANDELA, J.L., *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, cit., pág. 861.

b) *La prohibición de entrada y la devolución*

Regulada en el artículo 26.1 LO 4/2000 del que se desprende la existencia de dos situaciones distintas que se denominan del mismo modo: *“No podrán entrar en España, ni obtener un visado a tal fin, los extranjeros que hayan sido expulsados, mientras dure la prohibición de entrada, así como aquellos que la tengan prohibida por otra causa legalmente establecida o en virtud de Convenios Internacionales en los que sea parte España”*.

De la lectura de este artículo se distinguen dos figuras: a) *La prohibición-sanción*, regulada como sanción accesoria aparejada a la expulsión del territorio nacional prevista en el artículo 58.1 de la Ley y artículo 157.1,a) del Reglamento de ejecución, al que hay que añadir el nuevo artículo 64.3, introducido por LO 14/2003, que prevé cuando un extranjero sea detenido en territorio español y se constate contra él se ha dictado una resolución de expulsión por un Estado miembro de la Unión Europea, se procederá a ejecutar inmediatamente la expulsión sin necesidad de incoar nuevo expediente de expulsión, pudiendo solicitar autorización al Juez de Instrucción para su ingreso en centro de internamiento, con el fin de asegurar la ejecución de la sanción de expulsión; y b) *la prohibición-interdicción*, que carece de naturaleza sancionadora, al igual que la denegación de entrada. Esta prohibición implica la devolución del extranjero que ha pretendido entrar en España por lugar no habilitado (ilegalmente según el artículo 58.2, b) LO 4/2000)²¹⁰. El artículo 138.1,b) del Reglamento de ejecución, aprobado por

²¹⁰ Esta figura se contempló por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico en el Decreto 522/1974, de 14 de febrero. También el artículo 36.2 de la LO 7/1985 recogía la devolución en los siguientes términos: *“No será preciso expediente de expulsión para la devolución por orden del Gobernador Civil de la provincia de los extranjeros que habiendo sido expulsados,*

RD 864/2001, haciendo una interpretación extensiva del artículo 58.2 de la Ley consideró que se encontraban en este concepto: los que fueran interceptados en frontera, en sus inmediaciones o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta, no reuniendo los requisitos de entrada. Pero esta redacción, por lo que respecta al inciso “*o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta*” fue anulada por STS, Sala 3ª, de 20 de marzo de 2003, a la que posteriormente haremos referencia. Ahora el nuevo Reglamento de ejecución de 2004 regula este tipo de devolución en el artículo 157, 1, b) al decir: “*Los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país, se considerarán incluidos, a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones*”.

Para proceder a la devolución del extranjero existen dos procedimientos diferenciados que se aplicarán en distintos supuestos.

a) Uno de los procedimientos para la devolución se regula en los artículos 58.2, a) y 58.5 LO 4/2000, y artículo 157.1 RD 2393/2004, previsto en los supuestos de devolución de los extranjeros que contravienen una prohibición de entrada impuesta junto con una sanción de expulsión, cuando aquella no pueda ejecutarse antes de setenta y dos horas, aplicándose en estos casos la medida cautelar de internamiento, previa puesta a disposición judicial del extranjero detenido; siendo la duración del internamiento no superior a cuarenta días (artículo 62.2 LO 4/2000; artículo 153, 2,c) RD 2393/2004). En este supuesto la devolución acordada conllevará el reinicio del cómputo de la prohibición de entrada que se hubiera impuesto. Es competente para acordar la devolución la

contravengan la prohibición de entrada en España, ni para aquellos que hayan entrado ilegalmente en el país, salvo en el supuesto contemplado en el artículo 4.1 de la Ley 5/1984, de

misma autoridad gubernativa competente para la expulsión (artículo 58.4 LO 4/2000). En todo caso resultará necesaria la tramitación de un procedimiento encaminado a constatar la existencia de la previa prohibición de entrada.

b) El otro procedimiento previsto se regula en los apartados 2, b), 3 y 4 del artículo 58 y artículo 60 para los supuestos de devolución como forma de ejecución de un rechazo en frontera, que debe prolongarse más de setenta y dos horas, y devolución del que pretende entrar ilegalmente en el país. En estos supuestos la ley sólo especifica que la devolución se hará de la forma más breve posible. La reforma introducida por LO 14/2003 da una nueva redacción al artículo 58.5, que prevé una medida de internamiento prevista para expedientes de expulsión. Antes de dicha reforma había dudas, aunque el artículo 127.2, c) del Reglamento de ejecución del año 2001 sí que lo preveía²¹¹.

Por lo tanto, en ambos procedimientos será el Juez quien intervenga cuando la detención se deba prolongar más de 72 horas; sin embargo, no está previsto que duración máxima tendrá esa espera, lo que no ocurre en la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión que tiene un máximo de cuarenta días (artículo 62.2 LO 4/2000). Tampoco prescribe la norma que este internamiento previo a la devolución se realice en los “centros de internamiento” a que se refiere el artículo 62 de la ley, pues el artículo 60 habla de “lugares de internamiento” y deja que sea la

26 de marzo, reguladora del Derecho de Asilo y de la condición de refugiado”.

²¹¹ La legalidad de dicho precepto fue puesto en cuestión por Auto de 31 de agosto de 2001, del Juzgado de Instrucción num. 5 de Algeciras en Diligencias Previas 1708/2001. Finalmente la STS, Sala 3ª, de 20 de marzo de 2003, anuló dicho precepto del Reglamento por incurrir la norma de desarrollo en exceso. Así es que en estos casos, antes de la reforma de la LO 14/2003, lo que procedía era la devolución inmediata, pero no su privación de libertad en centros de internamiento.

autoridad judicial la que decida cual habrá de ser ese lugar de internamiento.

La devolución se presenta como un expediente sustitutivo de la expulsión, pues en los casos antes referenciados dice el artículo 58.2 de la Ley que “*no será preciso expediente de expulsión*”, lo que plantea un primer problema interpretativo a la hora de distinguir los casos en que procede la devolución o la expulsión, que se articulan como dos respuestas ante un mismo hecho: la entrada ilícita en territorio español²¹².

En cuanto a la naturaleza jurídica de la devolución, la doctrina no está de acuerdo; mientras algunos autores la consideran sancionadora²¹³, otros estiman que se trata de un típico caso de coacción administrativa directa²¹⁴, y para otros es la simple ejecución forzosa de un acto administrativo previo²¹⁵, o una medida de restablecimiento del orden

²¹² Así lo entiende ANDRÉS SANCHIS, E., *La entrada ilegal de extranjeros en España...*, cit., pág. 49.

²¹³ Para FERRER PEÑA, R.M., (*Los derechos de los extranjeros en España*, Madrid, 1989, pág. 189) la devolución es “*la medida que se adopta respecto de los extranjeros que hayan entrado ilegalmente en España o se encuentren ilegalmente en él, contraviniendo una prohibición de entrada derivada de una orden de expulsión. Aunque en alguna forma constituye una sanción directamente aplicable, puede ser también contemplada como la ejecución de una resolución anterior*”.

²¹⁴ SEGARRA TRÍAS, E., (*Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España...*, cit. pág. 224) entiende que la “*formulación de esta figura de la devolución propicia que la Administración utilice su poder de forma arbitraria sobre los extranjeros que, por cualquier razón, no quiera en el territorio nacional. Lo más grave del supuesto es que, al no haber expediente de expulsión, no se garantizan al extranjero los derechos procedimentales ni garantías que nuestro ordenamiento concede a toda persona: audiencia, recursos, intérprete, asistencia letrada, entre otros*”; GIMENO FELIU, P., (*Expulsión de extranjeros del territorio nacional*, Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, Madrid, 1993, pág. 26) señala al respecto que “*la devolución se puede considerar en la práctica como una especie de expulsión por procedimiento sumario, que no precisa de expediente administrativo*”.

²¹⁵ Para LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M., (*La nueva Ley de Extranjería...*, Madrid, 2001, pág. 913) la devolución es la actividad administrativa por la cual se expulsa a un extranjero sin previo expediente de expulsión, por contravenir una prohibición de entrada o por haber entrado o intentado entrar de forma ilegal en nuestro país, en tanto que el retorno es la actividad administrativa por la cual un extranjero que intenta entrar en nuestro país por sitio habilitado

jurídico perturbado²¹⁶. En todo caso hay que partir de los dos tipos de devolución existentes (artículo 58.2 LO 4/2000) considerando que su naturaleza jurídica no es única²¹⁷.

La cuestión no es baladí a la hora de distinguir la devolución de la expulsión, pues los efectos son distintos para los extranjeros “*que pretendan entrar ilegalmente en el país*” (artículo 58.2 LO 4/2000). En principio la interpretación gramatical permitiría distinguir los extranjeros que pretenden entrar, de aquellos que ya han entrado, y podría afirmarse que la devolución se aplicará a los que pretendan entrar y la expulsión a los que ya han entrado. Este artículo fue reformado por la Ley 8/2000 y supuso con esta reforma la supresión de la entrada ilegal del catálogo de infracciones graves que se recogen en el nuevo artículo 53²¹⁸; ello supone que la entrada ilegal, al dejar de ser una infracción grave no puede motivar una sanción de expulsión del territorio nacional, y tan sólo queda como un supuesto de devolución²¹⁹. La redacción dada al precepto, referido a la

para ello o sin cumplir los requisitos que exige nuestra legislación, es retornado al país desde el que intenta penetrar.

²¹⁶ ANDRÉS SANCHIS, E., *La entrada ilegal de extranjeros en España...*, cit., pág. 50.

²¹⁷ DORADO NOGUERAS F.M./ RODRÍGUEZ CANDELA J.L., (*Comentario sistemático...*, cit., pág. 863), entienden que de los dos tipos de devolución existentes, ninguno tiene carácter sancionador.

²¹⁸ La Ley 4/2000 regulaba en el artículo 49, d) como infracción grave: “*La entrada en territorio español, careciendo de la documentación o de los requisitos exigibles, por lugares que no sean los pasos habilitados o contraviniendo las prohibiciones de entrada legalmente previstos*”. El tratamiento de la entrada ilegal como una infracción y la posibilidad de justificar una expulsión, significaban un tratamiento más beneficioso para los extranjeros que entrasen ilegalmente en España, desde el punto de vista de las garantías. La infracción ocurría cuando el extranjero había logrado entrar ilegalmente en España, mientras que el retorno se aplica cuando el extranjero pretenda entrar en España sin haberlo conseguido.

²¹⁹ TOLOSA TRIBIÑO, C., (*La entrada ilegal en España: Su tratamiento jurídico tras el Reglamento de la Ley de Extranjería*, en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, num. 512, de 13 de diciembre 2001) entiende que la Ley 8/2000 pretende una clara postura involucionista y regresiva, una vuelta al tratamiento que de la entrada ilegal realizaba la Ley 7/1985, no debiendo olvidar una realidad significativa como el importante aumento cuantitativo que tienen los supuestos de entradas ilegales mediante el recurso “a la patera” y el desembarco en las playas.

devolución, de “hayan entrado” a “pretendan entrar”, impide integrar como infracción grave a los supuestos de entrada de extranjeros que habiendo entrado ilegalmente se encuentra en territorio nacional²²⁰. Es lógico considerar que la entrada ilegal es subsumible en el artículo 58.2 como causa de devolución, teniendo en cuenta que se trataría de una entrada clandestina y que, en consecuencia, el rechazo en frontera no ha podido producirse; la entrada ilegal puede encajar en el motivo de la devolución del artículo 58.2 de la Ley. El Reglamento de ejecución de 2001 colocó las situaciones de entrada ilegal dentro de la devolución, y al regular las causas de devolución, introdujo una modificación respecto al contenido de la ley, al no referirse solamente a *“los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país”*, sino que añade: *“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”*. Con esta regulación, en sentido estricto, parece dejar fuera los supuestos de los extranjeros que habiendo entrado ilegalmente, sin haber sido interceptados, no se encuentran en tránsito o en ruta, sino que deciden permanecer en España en situación de ilegalidad²²¹. La persona extranjera que se halle incurso en alguno de los supuestos deberá ser devuelta a su punto de origen en el plazo de 72 horas, pero si no se pudiere ejecutar en ese plazo la autoridad gubernativa solicitará del Juez de Guardia la medida de internamiento

²²⁰ ESPLUGUES MOTA, C./ DE LORENZO SEGRELLES, M.,(*El nuevo régimen jurídico de la inmigración...*, cit., pág.) consideran aplicable a la entrada ilegal en España el mismo tratamiento que la ley dispensa como infracción grave a la estancia irregular.

²²¹ TOLOSA TRIBIÑO, C.,(*La entrada ilegal en España...*,cit, pág 3.) opina que con la regulación reglamentaria de la devolución puede sostenerse que se ha producido una innovación de la figura de la devolución regulada en la ley, por la vía del desarrollo reglamentario, sobre cuya legalidad pueden abrigarse dudas razonables, e incluso al tratarse la

prevista para los expedientes de expulsión (artículo 58.5 tras la reforma por LO 14/2003²²²). En ese sentido, el artículo 138.1, b) RD 864/2001, antes de ser anulado por STS de 20 de marzo de 2003, entendía incluidos entre los extranjeros que *“pretenden entrar ilegalmente en el país”*, tanto los extranjeros que pretendían entrar y no lo conseguían, como los casos en que se pretendía entrar y se conseguía, circunscribiendo la figura de la devolución a los supuestos en que los extranjeros eran sorprendidos de un modo manifiesto, *“in fraganti”*, en el acto ilícito²²³.

Esta interpretación se derrumba con la STS de 20 de marzo 2003, que establece en FJ 10º: *“El precepto legal de referencia no ofrece duda de que se está refiriendo a la tentativa de entrada, la expresión “pretender entrar” es concluyente al efecto. Es evidente, por otra parte, que quienes se encuentren en el interior del territorio español, por más que estén en ruta o en tránsito, no pueden entrar ya que esta es una situación incompatible con la de encontrarse “en el interior”, es decir, dentro del territorio nacional...El precepto se refiere de forma estricta a la pretensión de entrar ilegalmente en el país, no a los supuestos de tránsito...”*. Tal argumento del Tribunal Supremo lleva a anular el artículo 138.1,b) del Reglamento de ejecución en su inciso *“o en el interior del territorio nacional en tránsito o en ruta”*. En conclusión, la devolución queda circunscrita a los supuestos en que el extranjero sea interceptado en la frontera o en sus inmediaciones.

devolución de una medida restrictiva de derechos, la ampliación realizada por la vía reglamentaria pudiera considerarse contraria al principio de legalidad.

²²² El citado párrafo establece: *“5. Cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión”*.

²²³ En tal sentido se apuntaba por la Consulta 1/2001 de la Fiscalía General del Estado, si bien para distinguir entre el retorno o devolución y la expulsión antes de la reforma operada por LO 8/2000.

Con la aprobación del Reglamento de 2004, la devolución de los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país queda delimitada a “*los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones*” (artículo 157, 1, b) RD 2393/2004).

3. LA EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS SUJETOS A CAUSA PENAL

El artículo 57 LO 4/2000 en sus apartados 7 y 8 prevé las modalidades denominadas de “expulsión judicial”, que son aquellas en las que el órgano jurisdiccional competente autoriza la salida del extranjero del territorio español (en ese caso se trataría de una salida voluntaria del extranjero, que no parece conllevar el archivo del proceso penal), o su expulsión, con el preceptivo archivo del proceso penal en cuestión, e incoándose el oportuno expediente administrativo de expulsión (artículo 100.2,c, del Reglamento de ejecución) como medida sustitutoria de su procesamiento y condena penal. El último párrafo de ese mismo apartado del artículo 57.7 prevé también la sustitución del cumplimiento de la condena recaída contra un extranjero por su salida obligatoria del Estado en los términos del artículo. 89 CP. Y por último, el apartado 8 del artículo. 57 de la Ley establece que una vez el extranjero cumpla condena por la comisión de los delitos enumerados en el mencionado precepto de la Ley (artículos 312, 318 bis, 515.6.º, 517 y 518 CP), se procederá a su expulsión, aunque este supuesto se refiere a la sustitución de la condena penal²²⁴.

²²⁴ Interesa sobre esta materia, PÉREZ PÉREZ, J.J., *La expulsión del extranjero en el proceso penal* en “Extranjeros”, Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ, Madrid, 1994, págs. 505 y ss.

Dentro de las expulsiones de extranjeros con autorización judicial trataremos en primer lugar de la expulsión del extranjero procesado o inculcado en un proceso penal regulada en el artículo 57.7 LO 4/2000, y, posteriormente, la expulsión como sustitutiva de la pena o medida de seguridad impuesta en un proceso penal regulada en los artículos 89 y 108 CP. En todo caso, y antes de analizar los supuestos específicos, recordemos la doctrina constitucional, fijada en STC 24/2000²²⁵, que dice “...la autorización judicial para la expulsión no contiene una sanción, no es una manifestación del “ius puniendi” del Estado, por lo que carece de sentido invocar el derecho a la presunción de inocencia (FJ 6)...”.

A) Autorización judicial de expulsión de extranjero inculcado o procesado

Establece el artículo 57.7 de la LO 4/2000, tras la reforma por LO 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración de los Extranjeros²²⁶: “a) 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

²²⁵ STC 24/2000, de 31 de enero (RTC 2000, 24).

²²⁶ La Exposición de motivos de la Ley justifica la reforma indicando que trata de conseguir: “...1ª. La respuesta penal frente a los extranjeros no residentes legalmente en España que cometan delitos. Se introducen cambios en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 89 CP, para dar adecuado cauce a que el juez penal acuerde la sustitución de la pena impuesta al extranjero no residente legalmente en España que ha cometido un delito, por su expulsión... De esta forma se logra una mayor eficacia en la medida de expulsión, medida que, no podemos olvidar, se alcanzaría de todas maneras por la vía administrativa al tratarse de personas que no residen legalmente en España y que han delinquido. En definitiva, se trata de evitar que la pena y su

*administrativo de expulsión, la autoridad gubernativa someterá al juez, que previa audiencia del Ministerio Fiscal, 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*²²⁷.

b) No obstante lo señalado en la letra 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 las letras anteriores cuando se trate de delitos tipificados en los artículos 312, 318 bis, 515.6ª, 517 y 518 del Código Penal”*²²⁸.

Se trata la expulsión como un supuesto de enervación de la acción penal²²⁹, ya que, en esencia, lo que se consigue es que la misma no tenga

cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España, quebrantando así de manera radical el sentido del ordenamiento jurídico en su conjunto...”.

²²⁷ Su antecedente lo encontramos en el artículo 21.2 de la LO 7/1985 que establecía: “cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delitos menos graves, entendiéndose por tales los castigados en nuestro ordenamiento jurídico con pena igual o inferior a prisión menor, el Juez podrá autorizar, previa audiencia del Fiscal, su salida de España, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o su expulsión, si está incurso en alguno de los supuestos del artículo 26.1”, utilizando la expresión “encartado”, lo que dificultaba la determinación del momento procesal en que podía autorizarse la salida o expulsión. La remisión al antiguo artículo 26.1 es equiparable a la actual remisión a los apartados anteriores del artículo 57.7 que son los que determinan los supuestos en los que cabe imponer la sanción de expulsión. No había en la legislación anterior supuestos exceptuados de dicha regla.

²²⁸ En el mismo sentido se expresa el artículo 142 del Reglamento de ejecución.

²²⁹ En ese sentido PALOMAR OLMEDA, A., *Los derechos de los extranjeros: un filón para la jurisprudencia*, Actualidad Jurídica Aranzadi, num. 637, de 23 de septiembre de 2004, pág. 3.

plena efectividad, sino que el juez realice un “prejuicio” proyectivo sobre la condena a imponer, y si ésta es inferior a seis años, proceda a la expulsión administrativa. La medida solicitada al Juez tiene un carácter administrativo-sancionador, y por lo tanto, no es necesaria la condena penal, sino que basta con que el extranjero se encuentre procesado o inculcado en un procedimiento judicial por delito o falta. Supone la renuncia al “ius puniendi” siguiendo un criterio de oportunidad que da preferencia a la actividad administrativa frente a la jurisdiccional.

a) *Requisitos*

El supuesto en cuestión exige unos requisitos, como son:

1.º Que el extranjero se encuentre procesado o inculcado. El Tribunal Constitucional señaló en Sentencia 24/2000²³⁰: “*cuando un extranjero se encuentre encartado en un procedimiento por delito menos graves y esté, además, incurso en alguno de los supuestos de expulsión previstos en el artículo 26.1 LO 7/1985, una vez que el extranjero sea oído en declaración como imputado y previa audiencia del Ministerio Fiscal, el Juez de Instrucción puede autorizar la expulsión del extranjero*”. No es necesario, por tanto, que se haya dictado auto de apertura de juicio oral. La reforma por LO 11/2003 hace referencia a la posibilidad de que el extranjero se encuentre inculcado en un procedimiento por falta, lo que no nos parece razonable, puesto que no existe acto formal de imputación en dicho procedimiento. Sería conveniente buscar, de “lege ferenda”, una redacción que permita dejar claro que el procesamiento o la inculpación no son causa para decretar o autorizar la expulsión que siempre obedecerá a

²³⁰ STC 24/2000, de 31 de enero (RTC 2000, 24).

causas previstas en la legislación de extranjería, ya constatadas en el procedimiento de expulsión²³¹;

2.º Que el delito esté castigado con pena privativa de libertad inferior a seis años, o de naturaleza distinta a la prisión. La Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado consideraba que era de aplicación a penas no privativas de libertad, pues considera desproporcionado que pueda renunciarse al ejercicio del “ius puniendi” por delitos menos graves sancionados con pena de prisión y que, por el contrario, no quepa hacerlo con delitos menos sancionados. La reforma del artículo 57.7 introducida por LO 11/2003, avala esta tesis en tanto que prevé la autorización de ejecución de expulsión tanto por delito como falta para el que la ley prevea una pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza;

3.º Que exista un expediente administrativo simultáneo en el que pueda advenirse la circunstancia del procesamiento o la inculpación y el hecho objetivo de que la imputación lo es por un delito o falta para el que se prevea la pena privativa de libertad inferior a seis años o una pena de distinta naturaleza.

Al respecto, es necesario indicar que la existencia del expediente administrativo sancionador y la inculpación penal no son simétricas. De hecho, puede haber inculpaciones penales que no tengan correlativamente ninguna referencia sancionadora²³². Si esto se produce la autoridad administrativa no podrá promover la enervación de la acción, por lo que la expulsión se tendrá que producir mediante la sustitución de la condena.

²³¹ En ese sentido se pronunció el Consejo General del Poder Judicial en su informe al anteproyecto de la Ley Orgánica 11/2003.

b) Cuestiones procesales

Será Juez competente para la autorización el que conoce de la causa en el momento en que se plantea la solicitud: Juez de Instrucción, Juez de lo Penal o Audiencia Provincial. Siguiendo la doctrina de la STC 24/2000, el Juez debe verificar si el extranjero, contra el que se sigue el procedimiento administrativo de expulsión, está o no imputado en un proceso penal por delitos sancionados con pena privativa de libertad inferior a seis años, si se halla incurso en un supuesto de expulsión y si la autorización de expulsión resulta preferible, atendiendo a los intereses en conflicto y a las circunstancias concurrentes, a la continuación del procedimiento penal²³³. En todo caso es innecesaria la firmeza de la orden de expulsión. En el procedimiento preferente la expulsión es inmediata, lo que no impide que quepa recurrirla (artículo 112.6 RD 841/2001 y 65 LO 4/2000).

²³² Esto ocurre en la tipificación prevista en los artículos 23 y ss de la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, que no da cobertura a todos los delitos y faltas por los que puede haberse producido la inculpación penal.

²³³ PÉREZ PÉREZ, J.J., (*La expulsión del extranjero en el proceso penal*, cit., págs. 505 a 530) menciona aquello que el Juez debe ponderar al resolver sobre la autorización: el interés dual y contrapuesto del Estado en la ejecución de la expulsión y en el efectivo ejercicio del “ius puniendi”, juzgando y castigando las comisiones delictivas, interés que variará en función del enfrentamiento entre las causas y circunstancias que conllevaron a la sanción de la expulsión frente a la entidad del delito que se imputa. El interés del extranjero que tiene carácter anfíbológico, no sólo por sus circunstancias personales y familiares, sino también en función de la virtual condena que evita y la irremisibilidad de la expulsión o no, tras el cumplimiento de la condena. El interés del perjudicado por el delito, en especial, si la expulsión frustra, de existir, las expectativas de resultar indemnizado.

Para tener información y tomar en consideración todas esas circunstancias, aunque no sea preceptivo, resulta conveniente oír a las partes antes de resolver sobre la autorización de la expulsión. Estas argumentaciones, válidas con la redacción anterior del artículo 57.7, tras la redacción dada por LO 11/2003, han quedado devaluadas.

Conforme a la doctrina constitucional²³⁴, no sólo debe garantizarse la audiencia al Ministerio Fiscal sino también del interesado de manera inexcusable y demás partes personadas. En este sentido el artículo 142 del Reglamento de ejecución, añade como requisito: “...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...”.

El plazo previsto para dictar la resolución en el artículo 57.7, introducido por la LO 11/2003, exige que la autorización se dicte en el plazo más breve posible y, en todo caso, en plazo no superior a tres días, salvo que de manera motivada se aprecie la existencia de circunstancias excepcionales que justifiquen su denegación. El cumplimiento del plazo resulta complicado al dar audiencia al extranjero imputado o acusado, y las partes personadas. La resolución de autorización debe comunicarse inmediatamente a la administración, sin esperar a su firmeza.

El principal efecto de la autorización de la expulsión es la sustitución del procedimiento por la expulsión del extranjero y la paralización del procedimiento por el tiempo que dure la prohibición de entrada.

La autorización de la expulsión por el Juez deberá ser motivada, y en ella se ordenará a la autoridad gubernativa que le comunique si la expulsión se ejecuta. Recibida la comunicación de expulsión, debe dictar un auto de archivo provisional de la causa, ordenando a la referida

²³⁴ La STC 242/1994, de 29 de julio (RTC 1994, 242) establece: “debe ofrecérsele una oportunidad adecuada de exponer sus razones a favor o en contra de su expulsión, lo que le otorga al derecho de audiencia una extensión material que sobrepasa el marco del artículo 24 CE para introducirse en el ámbito de la salvaguardia de la efectividad de otro derecho, constitucional relevante del ciudadano extranjero, el del artículo 19 CE, en conexión con el artículo 13 PIDCP”.

autoridad que le comunique, si se produjera, la entrada del extranjero contraviniendo la prohibición de entrada en territorio nacional que siempre lleva aparejada la orden de expulsión. Si se produce dicha incidencia, reabrirá el proceso penal. Si no se produce, transcurrido el periodo de duración de prohibición de entrada dictará auto de archivo definitivo de la causa.

B) Sustitución de la pena de prisión por expulsión

En el Código Penal de 1995 se distinguen tres supuestos distintos de expulsión penal: a) Como medida sustitutiva de las penas de prisión inferiores a seis años (artículo 89 CP); b) Como cumplimiento de las penas de prisión de larga duración cuando el extranjero ya hubiese cumplido las tres cuartas partes de la condena (artículo 89.1, párrafo segundo); y c) Como medida de seguridad (artículo 108 CP). Vamos a examinar el primer supuesto de sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a seis años²³⁵.

a) Sustitutivo del cumplimiento íntegro de la pena

Regulada en el artículo 89, 1, párrafo primero CP, modificado por la LO 11/2003, de 29 de septiembre²³⁶. La nueva redacción del artículo 89 CP

²³⁵ Resulta interesante el estudio realizado por ARIAS SENSO, M., *Expulsión de extranjeros condenados: Aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS de 8 de julio 2004*, Diario La Ley núm. 6160, 3 de enero de 2005.

²³⁶ El antecedente de esta medida se encuentra en el artículo 212.2ª de la LO 7/1985, que establecía: "cuando un extranjero fuere condenado por delito menos grave y en sentencia firme, el Juez o Tribunal podían acordar, previa audiencia de aquél, su expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las penas que le fueren aplicables, asegurando en todo caso la satisfacción de las responsabilidades civiles a que hubiere lugar, todo ello sin perjuicio de cumplir, si regresara a España, la pena que le fuere impuesta".

establece: “1. Las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España serán sustituidas en la sentencia por su expulsión del territorio español, salvo que el juez o tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente, y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España. Igualmente los jueces y tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años...La expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 89 CP. La expulsión así acordada llevará consigo el archivo de cualquier procedimiento administrativo que tuviera por objeto la autorización para residir en España. En el supuesto de que, acordada la sustitución de la pena privativa de libertad por la expulsión, ésta no pudiera llevarse a efecto, se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del periodo de condena pendiente.

2. El extranjero no podrá regresar a España en un plazo de diez años, contados desde su expulsión y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena.

3. El extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad.

4. Las disposiciones establecidas en los apartados anteriores no serán de aplicación a los extranjeros que hubieran sido condenados por la

comisión de delitos a que se refieren los artículos 312, 318 bis, 515, 6ª, 517 y 518 CP”.

a') Naturaleza jurídica

En principio debemos considerar que la naturaleza de la medida es la de una modalidad de sustitución de las penas cortas de prisión por otras formas de cumplimiento de la pena, considerándola el Código Penal de 1995 como una medida alternativa a la sanción penal de privación de libertad. En la doctrina se ha criticado esta medida por entender que disminuye el efecto de prevención general o que responde exclusivamente a meras razones político-criminales utilitaristas, o bien que sólo pretende reducir la población penitenciaria extranjera²³⁷.

Más que un supuesto de sustitución de la pena, la expulsión de los extranjeros no residentes legalmente en España supone una dejación de la potestad de ejecutar determinadas penas de prisión impuestas por delito por razones de oportunidad política, ya que tal medida no puede justificarse desde objetivos de prevención general ni especial²³⁸.

La expulsión sustitutiva no es una pena porque no viene expresamente mencionada en el catálogo que de las mismas establece el artículo 33 CP. La expulsión se considera por el Código Penal como una medida de seguridad no privativa de libertad, sólo aplicable a los extranjeros no residentes legalmente en España (artículo 96.2.3º CP)²³⁹.

²³⁷ PAZ RUBIO, J.M., *Sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional*, la Ley Penal, núm. 10, noviembre 2004, pág. 1.

²³⁸ En ese sentido opina LÓPEZ LORENZO, V., *La suspensión y la sustitución de la pena tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal*, en Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario, La Ley, número 9, octubre, 2004, pág. 11.

²³⁹ La última reforma del Código Penal por LO 15/2003, que entró en vigor el 1 de octubre de 2004, así lo patentiza en el párrafo 3º, apartado segundo del artículo 96 CP.

Algún autor la ha definido como medida de seguridad con efectos penológicos²⁴⁰. Otros autores han destacado que el artículo 89 CP supone introducir en nuestro ordenamiento el principio de oportunidad²⁴¹. La Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2001 mantiene el criterio favorable a la expulsión para los delitos de naturaleza menos grave, si no concurren en el caso particular circunstancias especiales que lo desaconsejen²⁴².

La doctrina constitucional²⁴³ ha señalado que lo característico de tal sustitución es la suspensión de la potestad penal en la medida que la expulsión de ciudadanos extranjeros imputados y/o condenados no supone

²⁴⁰ CALVO-RUBIO BURGOS, J.B., *Tratamiento del extranjero ante la jurisdicción penal: autorización judicial para la expulsión administrativa. La expulsión como sustitutivo penal y como medida de seguridad. Su quebrantamiento*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, CEJAJ, Madrid, 1999-II, pág. 262.

²⁴¹ PALOMO DEL ARCO, A., (*Criminalidad organizada e inmigración ilegal*, en Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, 2001, 2,) opina que la expulsión supone una forma atípica de truncamiento del proceso, la introducción de un cierto criterio de oportunidad que no se corresponde ni se integra con la sistemática de nuestro proceso penal. Implica además la renuncia del *ius puniendi* ante la exigencia de ejecuciones de índole administrativa, que tampoco resulta coherente con la preeminencia de la actividad jurisdiccional frente a la administrativa sancionadora. La justificación que pudiera tener deriva de evitar el fraude que implica la comisión de pequeños delitos para demorar la expulsión del país; su regulación genérica la configura como una medida de política criminal meramente utilitarista, de difícil justificación preventiva.

²⁴² La Circular 3/2001 considera que la medida de expulsión se configura en estos casos *“como una suspensión de la potestad jurisdiccional en su modalidad de hacer ejecutar lo juzgado en aras a preservar otros fines igualmente valiosos para el estado relacionados con su política de extranjería, fines respetables, que podrán adquirir preponderancia siempre y cuando no impidan la realización elemental de los fines de prevención general y afirmación del ordenamiento jurídico que justifican la existencia de la pena y que se verían resueltamente lesionados si la praxis derivase a una aplicación indiscriminada de la medida de expulsión”*.

²⁴³ Conforme a la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional se pueden señalar dos situaciones distintas: a) Si se trata de expulsión no voluntaria, estamos en presencia no de una pena sino de una medida restrictiva de los derechos del extranjero que el Estado puede imponerle legalmente, entendiendo que no existe un derecho constitucional a la reinserción y debiendo entenderse el artículo 25.2 CE como una simple orientación (STC 242/1994, de 20 de julio (RTC 1994, 242) y STC 203/1997, de 25 de noviembre (RTC 1997, 203); b) Si consiente el afectado, estamos en presencia de un beneficio en la medida que se le permite evitar el cumplimiento penitenciario, sin que ostente derecho subjetivo ninguno a ello (ATC 106/1997, de 17 de abril (RTC 1997, 106, Auto), y STC 24/2000, de 31 de enero (RTC 2000, 24).

una alternativa al cumplimiento de la pena sino la suspensión de la potestad estatal de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado.

El legislador con la nueva regulación en el artículo 89 CP, dada por LO 11/2003, ha querido la expulsión siempre de las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente en España, intentando que los extranjeros que se encuentran ilegalmente puedan ser “invitados” a la delincuencia como medio para conseguir eludir la expulsión²⁴⁴, se pretende poner fin a la práctica de cometer delitos como forma de permanecer en España. Ahora la expulsión se ha convertido en la regla general frente a la excepción que será el cumplimiento de las penas de prisión en un centro penitenciario, por ello, se establece la sustitución de la pena como regla imperativa, frente a la anterior redacción facultativa. El legislador quiere quitar el arbitrio judicial, ya que antes de la reforma se decía “*podrá expulsar*”, no “*expulsará*”, obligando en caso contrario al Juez a motivar porque no expulsa. Esto ocurrirá cuando la situación personal del inculcado le permita hacer frente a las consecuencias del delito y existan en el proceso penal perjudicados que puedan obtener la satisfacción dentro del mismo. El cambio es claro, y así se reconoce en STS, Sala 2ª, de 8 de julio de 2004²⁴⁵, cuando señala: “...*con el propósito confesado en la Exposición de Motivos de evitar que la pena y su cumplimiento se conviertan en formas de permanencia en España quebrantando así de manera radical el sentido*

²⁴⁴ PALOMAR OLMEDA, A., *Los derechos de los extranjeros: un filón para la jurisprudencia*, cit., pág. 3. También interesa ver: DE LA ROSA CORTINA, J.M., *La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años, tras la LO 11/2003*, Diario La Ley, 17 de junio de 2004, que opina las razones de utilitarismo y de control de migraciones desbordan y desplazan a cualquier otra consideración. El legislador quiere ante todo que los inmigrantes ilegales que cometan delitos sean expulsados, este deseo se plasma inequívocamente en la nueva redacción que la LO 11/2003 da a la institución de la expulsión sustitutiva.

del ordenamiento jurídico en su conjunto...justificándose tal decisión porque la expulsión se alcanzaría de todas maneras por la vía administrativa al tratarse de personas que no residen legalmente en España y han delinquido". En todo caso, no debe olvidarse la incidencia directa que tal medida va a tener en la población reclusa al provocar una drástica disminución del número de extranjeros en prisión²⁴⁶. De hecho, el fundamento de esta institución parece debe buscarse en "razones político-criminales utilitaristas"²⁴⁷, fundamentalmente tendentes a reducir la población interna en centros penitenciarios, donde los extranjeros se aproximan al 20% del total de los penados.

b') Presupuestos de aplicación de la expulsión sustitutiva

Son requisitos objetivos para la sustitución de la pena:

1.º Que la pena privativa de libertad sea inferior a seis años. Lo relevante para determinar la procedencia o no de la expulsión no es la pena señalada al delito, sino que habrá de tenerse en cuenta la pena que se le ha impuesto en la sentencia.

Se plantea la cuestión de si cabe la sustitución en el supuesto de que en una misma sentencia el reo sea condenado a varias penas inferiores a los seis años de prisión, pero sumadas excedan dicho límite. La utilización por el artículo 89.1 de *las penas privativas inferiores a seis años impuestas...*,

²⁴⁵ STS, Sala Segunda, de 8 de julio 2004 (La Ley Juris 1682/2004).

²⁴⁶ Algún autor como PALOMAR OLMEDA, A., (*Tratado de extranjería*, Navarra, 2004, págs. 429 y ss.), duda de su admisibilidad en términos jurídicos por lo rudimentario de su línea argumental y por el sustrato diferencial que, en razón únicamente a la condición de extranjero se produce. Resultan interesantes, asimismo, los comentarios efectuados a la STS de 8 de julio 2004, por PALOMAR OLMEDA, A., *Los derechos de los extranjeros: un filón para la jurisprudencia*, cit., pág. 4.

nos llevan a optar por la interpretación favorable a excluir la sustitución cuando la suma de las penas impuestas exceda del límite de los seis años.

También cabe plantearse si podría ser sustituida por la expulsión la pena privativa de libertad subsidiaria por impago de multa (artículo 53 CP), nosotros nos inclinamos a pensar que no es posible porque el legislador en la última reforma del CP ha modificado el artículo 81.2 con el siguiente contenido: “*Que la pena o pena impuestas, o la suma de las impuestas, no sea superior a seis años (de prisión), sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de multa*”²⁴⁸.

Finalmente, se suscita la posibilidad de sustitución en supuestos de penas privativas de libertad por falta; opinamos que la pena impuesta deber serlo por delito, no siendo suficiente una condena por una falta²⁴⁹.

2.º Que se trate de un delito cuya naturaleza no justifique excepcionalmente el cumplimiento de la pena en España.

3.º Que no se trate de los delitos expresamente excluidos por ley: artículos 312, 318 bis, 515, 6º, 517 y 518 CP, (artículo 89, 4 CP reformado por LO 8/2000). En esta enumeración de delitos relacionados con el tráfico ilegal de personas no se contempla ni el delito de inmigración clandestina

²⁴⁷ En ese sentido, DE LA ROSA CORTINA, J.M., *La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años tras la LO 11/2003*, Diario La Ley de 17 de junio de 2004, pág. 3.

²⁴⁸ Hay argumentos para oponerse a una respuesta afirmativa. El primero, que siendo la sentencia el momento procesal adecuado para resolver sobre la sustitución de la pena por expulsión, difícilmente cabe resolver sobre tal sustitución en un momento en el que se desconoce si el condenado procederá o no al pago de la multa. El segundo motivo estriba en la tendencia jurisprudencial a no dar a dicha pena subsidiaria el tratamiento específico de las penas de prisión. Así, antes de la entrada en vigor de la LO 15/2003, se venía considerando que, a efectos de suspensión de pena, la pena subsidiaria por impago de multa no podía sumarse a la pena privativa de libertad impuesta en sentencia a efectos de la concesión de la suspensión de condena.

²⁴⁹ DE LA ROSA CORTINA, J.M., (*La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente...*, cit., pág. 5) opina que razones de carácter práctico hacen desaconsejable el uso de la expulsión en vía penal por la comisión de una simple falta.

de trabajadores del artículo 313 CP, ni el delito de tráfico de personas para su explotación sexual del artículo 188.2 CP²⁵⁰. La justificación de esta exclusión legal es evitar que los responsables de estos delitos puedan beneficiarse de la sustitución del procedimiento penal.

Son requisitos subjetivos:

1.º Que el extranjero sea no residente legalmente en España. Antes de la reforma por LO 8/2000, tratándose de penas de prisión superiores a seis años, sólo se exigía que el penado fuera extranjero, independientemente de que se encontrara o no residiendo de forma legal en España, tras la reforma de 2000 se requiere que se trata de un extranjero no residente legalmente en España. Debemos entender que no reside legalmente en España el extranjero que, estando obligado a ello, no ha obtenido un permiso de residencia temporal o definitivo, lo que excluye a los ciudadanos comunitarios y asimilados²⁵¹. Se puede plantear el problema de la aplicabilidad del precepto a los extranjeros en tránsito, sin vocación de establecer su residencia en España. Debe tenerse presente que conforme al artículo 29.9 LO 4/2000 las diferentes situaciones de los extranjeros en España podrán acreditarse mediante el pasaporte o documento de viaje que acredite su identidad, visado o tarjeta de identidad de extranjero, según corresponda. En todo caso, como presupuesto de la

²⁵⁰ La Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 1/2002 trató de paliar dicha exclusión, indicando a los fiscales que valoraran muy especialmente la conveniencia de informar de modo desfavorable a la expulsión sustitutiva de la pena.

²⁵¹ Se puede mantener la tesis mantenida por ARIAS SENSO, M., (*Expulsión de extranjeros condenados: Aproximación crítica...*, cit., pág.9) de equiparar entre los términos de no residente legal y extranjero en situación de irregularidad, de modo que los extranjeros en situación de regularidad sin permiso de residencia no pueden ser objeto de la medida de expulsión. Otro sector de la doctrina (ONTIVEROS VALERA, F., *El extranjero autor de infracciones penales*, en Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, IV-2002, CEJAJ, Madrid, 2002, pág. 278) opina que pueden serlo todos aquellos ciudadanos extracomunitarios y no asimilados a comunitarios que no hayan obtenido un permiso de residencia, con lo que el artículo 89 CP sería de aplicación a situaciones de regularidad tales como la estancia, los estudiantes y en situación similar.

decisión de sustituir la pena por la expulsión debe constatarse la falta de residencia legal.

c') Aspectos procedimentales y procesales

Interesan destacar varios aspectos como son: la audiencia al penado, la legitimación para instar la medida por parte del Ministerio Fiscal y el momento en que se debe acordar la medida de expulsión. Vamos a examinarlos.

1.º Audiencia al penado. La reforma del artículo 89 introducida por LO 11/2003, ha eliminado dicho trámite²⁵². En todo caso, dado que la decisión debe adoptarse en sentencia, la petición de expulsión debe someterse a las garantías propias de cualquier decisión que se adopta en sentencia, entre ellas, al principio de contradicción²⁵³. Esta falta de audiencia debe ser suplida en la práctica requiriendo al imputado en el acto del juicio para que alegue las razones que le asisten en contra de su expulsión. Entender lo contrario vulneraría lo dispuesto en el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 24 de la CE²⁵⁴. En relación a la ausencia del requisito de audiencia al extranjero,

²⁵² El artículo 89.1, *in fine* CP de 1995, en su redacción original disponía: "...será necesario oír previamente al penado".

²⁵³ En este sentido el informe del Consejo General del Poder Judicial al anteproyecto de la ley orgánica de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social (LO 11/2003, de 29 de septiembre), al comentar la nueva redacción del artículo 89 CP señala que "*la sustitución de la pena privativa de libertad debe hacerse en sentencia, novedad importante, pues obliga al juez sentenciador a ponderar en la causa todas las circunstancias que concurren, garantizando el debate contradictorio en el propio juicio, con audiencia al extranjero*". *Estudios, informes y dictámenes. Informes del CGPJ sobre las Reformas Penales*. CGPJ. Centro de Documentación Oficial. 2003; págs. 151 y 152.

²⁵⁴ La necesidad de salvaguardar la audiencia del reo ha sido resaltada por la STS, Sala Segunda, 17/2002, de 21 de enero (rec.17/2001); también la STC 203/1997, de 25 de noviembre (RTC 1997, 203) y la STC 242/1994, de 29 de julio (RTC 1994, 242), reconocen el derecho del extranjero a un trámite de alegaciones, diciendo: "... para lograr esta adecuada ponderación y la salvaguarda de valores relevantes que pueden estar en juego..., la audiencia

la STS, Sala 2ª, de 8 de julio 2004, ha señalado: “...para lograr la adecuada ponderación y la salvaguarda de derechos fundamentales superiores, en principio,... resulta imprescindible el trámite de audiencia al penado y la motivación de la decisión. Por ello habrá de concluirse con la necesidad de injertar tal trámite como única garantía de que en el colisión de los bienes en conflicto, en cada caso, se ha salvaguardado el que se considere más relevante...”²⁵⁵. A la vista de esta jurisprudencia, habrá que considerar fundamental para una adecuada ponderación, y la salvaguarda de valores relevantes que puedan estar en juego, la audiencia del extranjero potencialmente sometido a la expulsión, pues sólo con ella es posible exponer, discutir y analizar el conjunto de circunstancias en que la expulsión ha de producirse²⁵⁶.

2.º Legitimación para instar la medida e intervención del Ministerio Fiscal. El tenor literal del nuevo artículo 89 parece apuntar a que la expulsión integra la acuerda el Juez de oficio, sin necesidad de que nadie la pida. Algún autor ha criticado esta redacción porque parece poco

del extranjero sometido a la medida de expulsión resulta fundamental... se hace preciso que la audiencia tenga lugar en términos que permitan a este requisito alcanzar la finalidad descrita... ”.

²⁵⁵ El Tribunal Supremo establece con esta Sentencia que debe considerarse el arraigo personal y familiar como excepción a la expulsión por exigirlo así la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de donde se deduce, además, la necesidad de “*injerter un trámite de audiencia al penado y ... motivar la decisión*”. Por esas razones el Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso de casación interpuesto contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 19 de noviembre de 2003, al verificar que “*la expulsión se ha acordado de forma automática, inmotivada, inaudita parte y sin efectuar el imprescindible juicio de proporcionalidad y ponderación, ciertamente de conformidad con la literalidad del artículo 89 CP, que es preciso integrar desde la perspectiva constitucional más amplia como ya se ha razonado*”.

²⁵⁶ Así opina PAZ RUBIO, J.M., *Sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional*, cit., pág. 4. En el mismo sentido se pronunciaba el CGPJ en su informe al anteproyecto de Ley de reforma de la LO 4/2000, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración de los extranjeros, *Estudios, informes y dictámenes del CGPJ*, año 2003, pág. 202.

respetuosa con las exigencias del principio acusatorio²⁵⁷. En el caso de penas inferiores a seis años sólo será oído el Fiscal para denegar la expulsión, y en el supuesto de penas superiores a seis años, la expulsión debe ser solicitada por el Ministerio Fiscal. Además hay que tener en cuenta que tras la reforma por LO 11/2003, desaparece el carácter facultativo del otorgamiento de esta medida. En la nueva redacción dada al artículo 89 se obliga al Juez o Tribunal a imponerla, bien de oficio, si la pena es inferior a los seis años de privación de libertad, bien a instancia del Ministerio Fiscal si es superior.

3.º Respecto al momento en que debe acordarse la decisión de expulsión, el artículo 89.1, en su nueva redacción, es claro: la sustitución se realizará en sentencia. Ello implica que ha de quedar previamente acreditada la situación de estancia ilegal en España del imputado, pero si en el momento de dictar sentencia no existieren suficientes elementos de juicio para decidir sobre la expulsión, parece que el párrafo 5, del núm. 1 del artículo 89 CP permite acordarla con posterioridad²⁵⁸. Evidentemente, la decisión de expulsión puede adoptarse también por el Juez de Guardia en sentencia de conformidad dictada al amparo del artículo 801 LECRIM.

Consecuencia de la imperatividad de la expulsión, y al desaparecer del texto actual la necesidad de previa audiencia del penado de la que se

²⁵⁷ DE LA ROSA CORTINA, J.M., *La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente...*, cit., pág. 11.

²⁵⁸ En ese sentido LÓPEZ LORENZO, V., (*La suspensión y la sustitución de la pena tras la LO 15/2003...*, cit., pág.11) estima que el artículo 89,1, cuando regula las consecuencias de la imposibilidad práctica de llevar a efecto la expulsión establece que se procederá al cumplimiento de la pena privativa de libertad originariamente impuesta o del periodo de condena pendiente. Esta última mención parece abrir la posibilidad de decidir sobre la suspensión en la ejecutoria, incluso cuando la pena privativa de libertad se está cumpliendo, aunque también puede referirse al supuesto de que el reo se encuentre en tercer grado o haya cumplido las tres cuartas partes de la condena. También DE LA ROSA CORTINA, J.M., *La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad*

derivaba la exigencia de motivación de la decisión que se adoptase, ahora sólo se exige la motivación cuando, de forma excepcional, se estime que “la naturaleza del delito” exige y justifica el cumplimiento de la condena en prisión. Nada dice la norma acerca de qué delitos están excluidos, pareciendo razonable mantener el criterio restrictivo respecto de los delitos especialmente graves como delitos contra la salud pública o agresiones sexuales, o tratarse de delitos cometidos por crimen organizado²⁵⁹.

Al exigir el artículo 89.1 CP que excepcionalmente el Juez o Tribunal, de forma motivada, aprecie la conveniencia de que la pena se cumpla en España, únicamente se refiere a la “naturaleza del delito”, concepto indefinido que no tiene en cuenta la gravedad, olvidando las posibles e importantes circunstancias personales que pueden concurrir, a las que alude, por otra parte, el artículo 57.5 de la LO 4/2000, al regular la expulsión como sanción administrativa.

Por lo tanto, la regla de la expulsión automática admite la excepción cuando el Juez aprecie, de forma motivada, que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en España. Las Sentencias de la Sala II del Tribunal Supremo de 8 de julio y 28 de octubre de 2004 han creado jurisprudencia en esta línea de excepción, determinando la primera de ellas, que *“la expulsión automática, inmotivada y no fundamentada en criterios de proporcionalidad y ponderación, puede afectar derechos fundamentales de la persona”*; y estableciendo la segunda, que *“la medida de expulsión, en delitos de inequívoca gravedad, puede determinar la impunidad de las conductas y la proliferación de tan dañinas actividades por extranjeros ante la garantía de que, de ser descubiertos, serían*

inferior a seis años tras la LO 11/2003. La ley, núm. 6042, considera posible la adopción de la decisión, firme la sentencia y antes del inicio de la ejecución de la pena privativa de libertad.

repatriados a su país tras escaso tiempo de prisión, con lo que quedaría seriamente lesionado tanto el efecto resocializador de la pena, como la prevención general”.

d') Efectos de la expulsión

Este régimen de enervación se completa con dos medidas adicionales: De una parte, el extranjero no podrá regresar a España en un plazo de diez años, contados desde la fecha de su expulsión y, en todo caso, mientras no haya prescrito la pena²⁶⁰; hay que tenerse en cuenta que la prohibición de regreso a España queda ampliada a todo el territorio europeo donde se aplica el Convenio Schengen y que la Directiva 2001/40/CE, de 18 de mayo de 2001, establece el reconocimiento mutuo de las decisiones en materia de expulsión de nacionales de terceros países. De otra parte, el extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión y prohibición de entrada a la que se refieren los apartados anteriores, será devuelto por la autoridad gubernativa, empezando a computarse de nuevo el plazo de prohibición de entrada en su integridad

²⁵⁹ Criterios adoptados por la Circular de la Fiscalía General del Estado 3/2001.

²⁶⁰ Antes de la reforma el plazo de expulsión comprendía un arco de tres a diez años. La uniformidad de la duración de la medida de seguridad plantea problemas de proporcionalidad, porque la duración de la prohibición de entrada es idéntica para condenas privativas de libertad por delitos distintos y de distinta entidad penológica. Sería conveniente relacionar dicho plazo con los de prescripción de la pena del artículo 133 CP, pues podría darse el caso de que delitos muy graves con penas muy elevadas quedarán sin sanción efectiva al reducirse el tiempo de expulsión a un plazo muy inferior al de duración de la pena o plazo de prescripción de la misma, mientras que, por el contrario, delitos sancionados con penas menos graves podrían suponer una prohibición de regresar a España muy superior a la pena impuesta o a la prescripción de la misma. Téngase en cuenta que con la nueva redacción dada al artículo 133 CP por la LO 15/2003, las penas privativas de libertad superiores a cinco años, tienen un plazo de prescripción de 10 o más años (hasta 30) y las inferiores a cinco años tienen un plazo de prescripción de cinco años.

(artículo 89.3 CP)²⁶¹. Se sigue el criterio general de la LO 4/2000, establecido en el artículo 58.6 en cuya virtud *“la devolución acordada en el párrafo a), apartado 2 de este artículo (los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España) conllevará la reiniciación del cómputo del plazo de prohibición de entrada que hubiese acordado la resolución de expulsión quebrantada”*. El nuevo apartado 3.º del artículo 89 CP da un mismo tratamiento a dos supuestos distintos: el extranjero expulsado sorprendido en frontera y el extranjero expulsado hallado en territorio español, aplicándole la misma consecuencia jurídica: la devolución y el reinicio del cómputo²⁶².

e’) Ejecución de la medida de expulsión

Debe reseñarse que la disposición adicional decimoséptima de la LO 19/2003, de 23 de diciembre, de modificación de la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, contiene una importante previsión al respecto cuando dispone: *“Los órganos judiciales comunicarán a la autoridad gubernativa...las sentencias en las que se 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 la expulsión de los mismos del territorio nacional. En estos casos, la sentencia que acuerde la sustitución dispondrá la ejecución de la pena*

²⁶¹ En la regulación anterior si el extranjero expulsado regresaba a España antes de la finalización del término señalado, se procedía al cumplimiento de la pena privativa de libertad.

²⁶² Así opina DE LA ROSA CORTINA, J.M., *La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente*, cit. ,pág. 14. Por otra parte, el antiguo artículo 89 sí distinguía los dos supuestos, dándoles diferente tratamiento: en un caso cumplimiento de pena sustituida y en otro caso devolución: *“Si regresase antes de dicho término, cumplirá las penas que le hayan sido sustituidas.3. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, el extranjero que intentara quebrantar una decisión judicial de expulsión con prohibición expresa de regresar al territorio español y fuese sorprendido en frontera, será expulsado por la autoridad gubernativa”*.

*privativa de libertad o medida de seguridad originariamente impuesta hasta tanto la autoridad gubernativa proceda a materializar la expulsión. A estos efectos, la autoridad gubernativa deberá hacer efectiva la expulsión en el plazo más breve posible y, en todo caso, dentro de los treinta días siguientes, salvo causa justificada que lo impida, que deberá ser comunicada a la autoridad judicial*²⁶³.

Este precepto contiene el mandato dirigido al juzgado que ejecuta una sentencia firme en la que se acordó la expulsión de un extranjero no residente legalmente en España, de proceder a ejecutar la pena privativa de libertad de forma interina (por treinta días) hasta tanto se materialice la expulsión por la autoridad gubernativa. Si el condenado se encuentra en libertad al momento en que la sentencia condenatoria deviene firme, lo razonable es dejar que permanezca en dicha situación hasta tanto la autoridad gubernativa lo localice, concediendo un breve plazo al penado para que abandone voluntariamente el país. En el caso de que el condenado se encuentre preso al alcanzar la sentencia su firmeza, lo habitual será que permanezcan en prisión hasta que se ejecute la expulsión²⁶⁴.

Si la expulsión no es ejecutable, lo procedente será retroceder al momento del inicio de la ejecución de la pena y determinar si procede la ejecución de la pena privativa de libertad o la aplicación de alguna de las formas sustitutivas de la misma. Ciertamente es que el artículo 89, 1, III CP prevé que *“la expulsión se llevará a efecto sin que sea de aplicación lo dispuesto en los artículos 80, 87 y 88 CP”*, por lo tanto, la expulsión se

²⁶³ En el mismo sentido se dispone el artículo 152 del Reglamento de ejecución de 2004.

²⁶⁴ En ningún caso será admisible proceder a materializar la ejecución de la expulsión si el cumplimiento de la pena se encuentra en estado muy avanzado (STS, Sala II, 114/2000, de 4 de septiembre y STS 17/2002, de 21 de enero, recogidas por ARIAS SENSO, M., *Expulsión de extranjeros condenados...*, cit, pág.10).

llevará a cabo sin que quepa la suspensión o la sustitución de la pena²⁶⁵, pero en caso de que la expulsión no se pueda llevar a cabo o la autoridad gubernativa excediera el plazo de treinta días previsto en la disposición adicional 17ª LOPJ, sí que cabrá suspender o sustituir la pena si concurren los requisitos correspondientes²⁶⁶.

b) Sustitutivo del último cuarto de la pena o del tercer grado.

Establece el artículo 89.2 CP, en su redacción dada por la LO 11/2003, de 29 de septiembre: *“Igualmente los Jueces o Tribunales a instancias del Ministerio Fiscal, acordarán en sentencia la expulsión del territorio nacional del extranjero no residente legalmente en España condenado a pena de prisión igual o superior a seis años, en el caso que acceda al tercer grado penitenciario o una vez que se entiendan cumplidas las tres cuartas partes de la condena, salvo que, excepcionalmente y de forma motivada, aprecien que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España...”*.

Son presupuestos objetivos: Haber sido condenado a penas privativas de libertad superiores a seis años; haber cumplido $\frac{3}{4}$ partes de la condena o haber alcanzado el tercer grado penitenciario; que el delito no

²⁶⁵ Hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo ha tenido en cuenta el arraigo familiar del extranjero a los efectos de suspender la orden de expulsión en innumerables sentencias, como las de 18 de septiembre de 1995, 4 de octubre de 1996, 13 de diciembre de 1998, 9 de febrero de 1999, 15 de noviembre de 1999, 18 de julio de 2000, 25 de noviembre de 2000, etc (Recogidas en *Estudios, informes y dictámenes del CGPJ*, año 2003, pág. 202).

²⁶⁶ Como apunta LÓPEZ LORENZO, V., (*La suspensión y la sustitución de la pena tras la LO 15/2003...*, cit., pág. 13), concluir lo contrario supondría realizar una interpretación de la norma en contra del reo que vulneraría lo dispuesto en los artículos 17 y 25.2 CE, los artículos 2, 3, 9 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en los artículos 5 y 14 del Convenio para la Protección de los Derechos Individuales y las Libertades Fundamentales. No existe justificación alguna que excluya a los extranjeros no residentes en España, una vez no han podido ser expulsados, de la aplicación de las alternativas a la prisión que habitualmente se ofrecen al resto de penados.

tenga una naturaleza que aconseje el cumplimiento de la pena en España; y que no se trate de algunos de los tipos penales excluidos (artículos 312, 318 bis, 515, 6.º, 517 y 518 CP). Y como presupuesto subjetivo se exige que el extranjero condenado no resida legalmente en España.

a') Procedimiento

La iniciativa corresponde al Ministerio Fiscal exclusivamente, lo que algunos autores han denominado una “posición de veto”²⁶⁷. Sin embargo ahora el artículo 89 CP establece que la sustitución se ordene en la sentencia, lo que carece de sentido, siendo posible interpretar, ahora sí, el artículo 89 CP como una vinculación al principio acusatorio de esta forma de expulsión.

La audiencia se celebrará conforme al primer inciso del artículo 89.1 CP. También deberá ser oído el extranjero y no sólo su Letrado. Puede ser objeto de crítica en la nueva regulación la falta de previsión de las circunstancias personales del penado como posible causa de excepción a su expulsión²⁶⁸.

El acuerdo de la sustitución se ha realizar en todo caso en Sentencia. No se prevé en la ley qué ocurre en caso de que no sea posible efectuar ese

²⁶⁷ ARIAS SENSO, M., *Expulsión de extranjeros condenados...*, cit., pág. 13.

²⁶⁸ La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es de capital importancia para valorar las circunstancias personales que puedan oponerse a una decisión de expulsión: SSTEDH de 18 de enero de 1991 (Caso Moustaquin); de 26 de marzo de 1992 (Caso Beljoudi); de 21 de junio de 1988 (Caso Berrehab); de 30 de octubre de 1991 (Caso Soering); de 15 de noviembre de 1996 (Caso Cruz Varas); de 2 de mayo de 1997 (Caso Chahal); sentencias invocadas en el Informe del CGPJ, de 26 de febrero de 2003, pág. 46 y ss., al anteproyecto de ley de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, en orden a la crítica de la redacción que el Anteproyecto de ley daba al artículo 89.1 CP.

pronunciamiento en sentencia por desconocer la situación en que se encuentra el extranjero, siendo posible posteriormente.

b') Consideraciones críticas

Se introducen como novedades por LO 11/2003, objeto de comentario crítico: La supresión de la audiencia previa al penado, previa a la expulsión, por los motivos antes expuestos; la sustitución del carácter meramente facultativo anterior por el carácter imperativo salvo que concurren circunstancias en la naturaleza del delito que justifiquen el cumplimiento de la pena; la obligatoriedad de que el pronunciamiento sobre la expulsión se haya de realizar en la sentencia; la supresión de la mención expresa de cumplimiento de la pena para el caso de incumplimiento de la prohibición de regreso.

Por otro lado, la ampliación del marco objetivo de aplicación con la referencia al tercer grado penitenciario deja en manos de la Administración la determinación del momento exacto de la expulsión, desnaturalizando el sistema de progresión penitenciaria e instrumentalizando el llamado tercer grado en aras de facilitar no ya la reinserción ni la resocialización sino la expulsión del penado²⁶⁹.

Además se pone de manifiesto las dificultades de compatibilizar esta figura con la institución de la libertad condicional, con el cumplimiento del último cuarto de la pena en el país de origen y con las previsiones contenidas en el Tratado de Personas Condenadas, firmado en Estrasburgo el 21 de marzo de 1983 y ratificado por España el 10 de junio de 1985.

c) *La expulsión como sustitutivo de la medida de seguridad*

También se sustituyen obligatoriamente por vía del artículo 108 del Código Penal las medidas de seguridad por expulsión, redactado conforme a la LO 11/2003, que establece: “1. Si el sujeto fuera extranjero no residente legalmente en España, el Juez o Tribunal acordará en la sentencia, previa audiencia de aquél, la expulsión del territorio nacional como sustitutiva de las medidas de seguridad que le sean aplicables, salvo que el Juez o Tribunal, previa audiencia del Ministerio Fiscal, excepcionalmente y de forma motivada, aprecie que la naturaleza del delito justifica el cumplimiento en España”.

Frente a la regulación anterior se permite la sustitución por la expulsión tanto de las medidas privativas de libertad como de las que no lo son. Su finalidad práctica atiende a fines ajenos al Derecho Penal, no se trata de una intervención terapéutica ni incide en la peligrosidad criminal del penal. Esta solución es criticada por la doctrina²⁷⁰, porque ante esta institución el Tribunal pierde toda vinculación con el expulsado, quien resulta así abandonado a su suerte y posiblemente sin tratamiento alguno en ninguna parte. Sustituir una medida de seguridad por la expulsión supondrá en muchas ocasiones expulsar a un enfermo mental, lo que podría considerar que se entiende vulnerado el Estado social y democrático de Derecho que propugna la Constitución Española²⁷¹.

²⁶⁹ En ese sentido es criticado por FERNÁNDEZ ARÉVALO, L., *Extranjeros: Derecho Penal y Penitenciario*, en “Curso de Experto Jurídico sobre Migraciones Internacionales y Extranjería”, 2ª edición, Consejo General de la Abogacía Española, 2003.

²⁷⁰ ARIAS SENSO, M., *Expulsión de extranjeros condenados...*, cit, pág. 14.

²⁷¹ En ese sentido opina PALOMO DEL ARCO, A., *La expulsión del extranjero en el procedimiento penal*, en “El extranjero en el Derecho Penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva LO 4/2000) Manuales de Formación Continua del Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 201.

Rigen las mismas previsiones de acordarse en la sentencia, y la necesidad de dar audiencia al penado, que en estos casos debería extenderse a su Letrado y a su representante legal.

4. PROCEDIMIENTO PARA LA EXPULSIÓN

Como señalamos anteriormente dentro del artículo 20 LO 4/2000, dedicado a la tutela judicial efectiva de los extranjeros, se recogían las garantías del procedimiento administrativo en materia de extranjería. Tales requisitos procedimentales resultan más exigibles cuando el procedimiento de que se trata es alguno de los previstos para el ejercicio de la potestad sancionadora, que la LO 4/2000 regula en su Título III (artículos 50 y ss.)²⁷².

En el régimen sancionador de extranjería se contemplan hasta cinco procedimientos o modalidades procedimentales diferentes, en función de las infracciones por las que se sigue y las sanciones a imponer en el mismo: 1.º El procedimiento ordinario que será de aplicación cuando no proceda seguir ninguno de los que a continuación se relacionan²⁷³; 2.º El procedimiento simplificado previsto para cuando los hechos denunciados se califiquen como infracción de carácter leve²⁷⁴; 3.º El procedimiento preferente de expulsión²⁷⁵; 4.º El procedimiento específico de las

²⁷² En el Reglamento de Ejecución de 2004 se regulan en el Título XI “Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador” (artículos 112 a 149).

²⁷³ Debe seguirse para sancionar las infracciones graves contempladas en el artículo 53, las infracciones muy graves del artículo 54, así como la conducta prevista en el artículo 57.2 LO 4/2000, salvo en los supuestos en los que deba seguirse el procedimiento preferente. En el Reglamento de ejecución se regula en los artículos 122 a 129.

²⁷⁴ Regulado en los artículos 124 y ss LO 4/2000 y artículos 135 a 137 del Reglamento de ejecución de 2004.

²⁷⁵ Se ha de seguir para la imposición de la sanción de expulsión del territorio nacional por las causas previstas en los artículos. 54.1, a) y b), así como 53 a), d) y f), conforme a lo

infracciones previstas en los artículos 52, c); 53, b) y 54.1, d) de la LO 4/2000²⁷⁶; 5.º El procedimiento para la imposición de sanción de multa²⁷⁷.

En general, la regulación procedimental está prevista en la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y en el Reglamento de ejecución de la LO 4/2000, aprobado por RD 2393/2004, puesto que la LO 4/2000 es parca en la regulación del procedimiento sancionador, remitiéndose en el artículo 50 a la Ley 30/1992 mencionada. El estudio de los diferentes procedimientos excede este trabajo, por lo que nos limitaremos a desarrollar el procedimiento preferente de expulsión.

A) **Ámbito de aplicación**

Como hemos dicho la LO 4/2000 no regula un procedimiento específico en materia sancionadora, por ello, cuando el artículo 57, apartados 1 y 2 de la Ley se refieren a la aplicación de la expulsión “*previa la tramitación del correspondiente expediente*” se está haciendo una remisión implícita a las normas que regulan con carácter general el

establecido en el artículo 63.1 y 109 de la LO 4/2000, y artículos 130 a 134 del Reglamento de ejecución.

²⁷⁶ Infracciones que guardan relación con el régimen laboral, y que según el artículo 55.1 LO 4/2000 el procedimiento se iniciará por acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de acuerdo con lo establecido en el procedimiento sancionador por infracciones del orden social; en concreto, véase disposición adicional cuarta de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre y Real Decreto 928/1988, de 14 de mayo. El procedimiento será el previsto en la mencionada Ley 42/1997, de 14 de noviembre, ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y, concretamente, en el Real Decreto 928/1998, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento General sobre procedimientos para la imposición de sanciones por infracciones del orden social y para los expedientes liquidadores de cuotas de la seguridad social. Regulado en los artículos 148 y 149 del Reglamento de ejecución de 2004.

²⁷⁷ Artículos 120 y ss. LO 4/2000 y artículos 144 a 147 del Reglamento de ejecución de 2004.

procedimiento administrativo sancionador²⁷⁸. Por otra parte, la LO 8/2000 reforma la redacción originaria de la ley y establece en el artículo 63 un procedimiento preferente para la tramitación de los expedientes de expulsión cuando se trata de las infracciones muy graves o graves a que se refieren los apartados a) y b) del artículo 54.1 y a), d) y f) del artículo 53²⁷⁹. Ello no quiere decir que siempre que nos encontremos ante las mencionadas infracciones haya que aplicar este procedimiento preferente. Antes al contrario, la LO 4/2000 ha definido la multa como sanción principal por lo que, sólo cuando esta no se pueda imponer en el caso concreto, procederá la expulsión, previa su tramitación por el procedimiento preferente en los casos expuestos²⁸⁰.

Bajo el epígrafe de “procedimiento preferente”, el artículo 63 LO 4/2000 no se regula un procedimiento específico, sino que se matizan las dos señas de identidad que lo diferencian del procedimiento ordinario: el plazo abreviadísimo para alegaciones y la ejecutividad inmediata de la resolución. El procedimiento preferente no es sinónimo de urgente, sino que viene a significar que la Administración deberá anteponer en su

²⁷⁸ Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en especial los principios y garantías formulados en sus artículos 127 a 138, y Real Decreto 1398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento de procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora.

²⁷⁹ La LO 7/1985 ya establecía esta figura procedimental, pero fue suprimida por la LO 4/2000. En concreto este procedimiento se prevé por la comisión de las infracciones muy graves: Participar en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o estar implicado en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la LO 1/1992; inducir, promover, favorecer o facilitar la inmigración clandestina, bien individualmente o a través de una organización; y como infracciones graves: Encontrarse irregularmente en territorio español por carecer de autorización de residencia, el incumplimiento de las medidas impuestas por seguridad pública, y la participación del extranjero en actividades contrarias al orden público previstas como graves en la LO 1/1992.

²⁸⁰ En este sentido, DORADO NOGUERAS, F.M./ RODRÍGUEZ CANDELA, J.L., *Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador*, en Comentario sistemático de la Ley de extranjería, cit., pág. 902. Si durante la tramitación del procedimiento preferente y siempre que se trate del supuesto previsto en el artículo 53, a) de la LO 4/2000 se acreditase haber obtenido permiso de residencia temporal, el Instructor procede a tramitar el procedimiento por los trámites del procedimiento ordinario.

quehacer sancionador la tramitación administrativa de estos expedientes, eligiéndolos con preferencia sobre el resto, sin que ello deba suponer recorte alguno de las garantías para el administrado.

B) Peculiaridades del procedimiento

Este procedimiento preferente tiene un marcado carácter “abreviado” con una drástica reducción del plazo de alegaciones a cuarenta y ocho horas (artículo 63.2) y con la puntualización de que en estos casos la ejecución de la orden de expulsión se ejecutará de forma inmediata (artículo 63.4)²⁸¹. Y estas dos notas características son objeto de críticas por la doctrina²⁸².

Cuando de las investigaciones se decida la expulsión, se dará traslado de la propuesta motivada por escrito al interesado. En la notificación del acuerdo de iniciación se advertirá al interesado que podrá efectuar alegaciones y probar lo que considere adecuado en el plazo de cuarenta y ocho horas. Este acuerdo será considerado como propuesta de resolución con remisión del expediente a la autoridad competente para resolver²⁸³. Esta brevedad de plazo dificulta sobremanera el ejercicio del

²⁸¹ Como único paliativo a esta premura el apartado 3 del citado artículo 63 determina que cuando el expediente se refiera a la infracción prevista en el artículo 53,a) (encontrarse irregularmente en territorio español...) si el extranjero acredita haber solicitado con anterioridad permiso de residencia temporal por situación de arraigo (artículo 31.3) se continuará la tramitación por el procedimiento ordinario.

²⁸² En ese sentido CALVO ROJAS, E., *El procedimiento administrativo sancionador...*, cit., pág. 200. También NIETO MARTÍN, F., (*Procedimiento preferente de expulsión de extranjeros. Derecho de audiencia y tutela cautelar*, en Revista “Jueces para la Democracia”, núm. 41, julio 2001, págs. 23 a 28) opina que el procedimiento preferente presenta notables carencias y deficiencias jurídicas desde el punto de vista de los derechos de audiencia y de tutela cautelar.

²⁸³ Así lo dispone el artículo 131.1 del Reglamento de ejecución: “1. Cuando de las investigaciones se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión, se dará traslado del acuerdo de iniciación motivado por escrito al interesado, para que alegue lo que considere

derecho de defensa, por lo que la tramitación sumarísima del procedimiento preferente puede ser contraria al derecho a un proceso justo con todas las garantías²⁸⁴. Resulta que este procedimiento preferente y abreviado es aplicable respecto de muchas de las infracciones más comunes, por lo que, si en principio se configura como excepcional o especial, en la práctica se va a convertir en una forma habitual de tramitar las expulsiones. Y aunque la exigencia de que la resolución de expulsión se notifique al interesado con indicación de los recursos que contra ella proceden (artículo 57.9 LO 4/2000) también es aplicable a las expulsiones tramitadas por el procedimiento abreviado, parece indudable que la premura en la tramitación merma las posibilidades de defensa²⁸⁵.

Mientras se tramita el expediente, la autoridad gubernativa podrá solicitar al Juez de Instrucción la adopción de medidas preventivas (cautelares según las denomina la ley): internamiento en centro no penitenciario, retirada del pasaporte o documento acreditativo de su

adecuado, en el plazo de 48 horas, y se le advertirá que de no efectuar alegaciones por sí mismo o por su representante sobre el contenido de la propuesta, o si no se admitiesen, de forma motivada, por improcedentes o innecesarias, el acuerdo de iniciación del expediente será considerado como propuesta de resolución”.

²⁸⁴ El artículo 6.3, b) del CEDH establece: “*Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos:...b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa*”. La dicción literal del anterior precepto es la mejor argumentación frente a la existencia del procedimiento de expulsión preferente. Ello supone una involución en nuestro ordenamiento jurídico, en ese sentido opinan DORADO NOGUERAS, F.M./ RODRÍGUEZ CANDELA, J.L., *Las infracciones en materia de extranjería...*, cit., pág. 903.

²⁸⁵ CALVO ROJAS, E., *El procedimiento administrativo sancionador. Especial referencia a las...*, cit., pág. 200. En el mismo sentido BLANES RODRÍGUEZ, E., *Reflexiones sobre las sanciones a la estancia ilegal y entrada ilegal de los extranjeros, previstas en la LO 4/2000, y el principio de legalidad, seguridad jurídica e interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, el derecho de audiencia y tutela judicial cautelar*, en “Inmigración y Derecho”, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2002, pág. 3, opina que el procedimiento preferente dificulta e impide en gran medida el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros porque limita el plazo de audiencia para alegaciones a 48 horas, restringiendo las posibilidades de un extranjero para aportar pruebas que acrediten el tiempo de permanencia en España, la situación de arraigo, exención de visado, etc.

nacionalidad, o presentación periódica ante el Instructor del expediente²⁸⁶. De ellas tratamos más detenidamente en el siguiente apartado.

La resolución se dictará de forma inmediata. Debe ser motivada y resolverá todas las cuestiones planteadas en el expediente (artículo 132,1 del Reglamento de ejecución, RD 2393/2004).

Por otra parte, se puede plantear que el procedimiento preferente no se ajusta a las normas generales del procedimiento administrativo sancionador común u ordinario, por cuanto “*la ejecución de la orden de expulsión en estos supuestos se efectuará de forma inmediata*” (artículo 132.2 Reglamento de ejecución). Por tanto, serán inmediatamente ejecutivas las resoluciones que en el mismo se dicten aunque no pongan fin a la vía administrativa²⁸⁷. Ello supone una singular excepción a la regla general que establece el artículo 138.3 de la LO 30/1992 en el sentido de que las resoluciones sancionadoras sólo son ejecutivas cuando pongan fin a la vía administrativa. Consecuentemente, sólo podrá paralizar la ejecución de dichas resoluciones la oportuna medida cautelar adoptada por el Juez de lo Contencioso-administrativo o la formalización de una petición de asilo conforme a lo previsto en el artículo 5.6 de la Ley 5/1984, reguladora del Derecho de asilo, puesto que las posibilidades de impugnación y la virtualidad práctica de dicha impugnación, a efectos de suspensión, quedan muy mermadas por la inmediatez en la ejecución de la expulsión.

²⁸⁶ Así lo establece el artículo 131,5 y 6 del Reglamento de ejecución de 2004.

²⁸⁷ El hecho de que la orden de expulsión se ejecute de forma inmediata impide en la práctica o dificulta el ejercicio del derecho a solicitar de los juzgados de lo Contencioso-administrativo la suspensión de la medida de expulsión como medida “cautelarísima” prevista en el artículo 135 de la Ley de Régimen Jurídico Contencioso-Administrativo. En ese sentido se

5. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCEDIMIENTO DE EXPULSIÓN

Al amparo del artículo 136 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, que dice: “*Cuando así esté previsto en las normas que regulen los procedimientos sancionadores, se podrá proceder mediante acuerdo motivado a la adopción de medidas de carácter provisional que aseguren la eficacia de la resolución final que pudiera recaer*”, la LO 4/2000 ha venido a establecer en el artículo 61 una serie de “medidas cautelares” que pueden acordarse cuando en el expediente sancionador se proponga la expulsión.

La LO 8/2000 introdujo como novedad en la redacción originaria de la LO 4/2000 un catálogo de “medidas cautelares” más completo y sistematizado que la ordenación de este tipo de medidas contenidas en normas anteriores²⁸⁸.

Entre esas medidas cabe destacar la detención preventiva y el internamiento en centro de carácter no penitenciario, como medidas restrictivas de libertad más gravosas, dentro de las que se pueden adoptar en un procedimiento sancionador. Se puede plantear si las medidas de detención e internamiento, así como la decisión de expulsión, son necesarias para proteger los intereses del Estado y de la sociedad en general; y sí se produce el adecuado control judicial de las decisiones

puede considerar que se impide el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva de los extranjeros

²⁸⁸ Compárese el actual artículo 61 LO 4/2000, tras la reforma, con las previsiones contenidas en el artículo 26.2 LO 7/1985 y en los artículos 57 y 58 de la LO 4/2000 en su redacción originaria. El antiguo artículo 57 LO 4/2000 se denominaba “obligación de presentación periódica”, si bien contenía otra medida de este tipo, como es la privación o retirada de documentación. En cambio, el texto aprobado por el Senado, pasó a denominarlo

sobre derechos fundamentales de los extranjeros. En todo caso, nos encontramos ante medidas de carácter provisional respecto a un procedimiento administrativo que tiene por objeto la imposición de una sanción administrativa, la expulsión. En ese sentido se expresa el artículo 140.1 del Reglamento de ejecución, al regular: *“De conformidad con lo previsto en los artículos 55 y 61 de la LO 4/2000, el instructor podrá adoptar en cualquier momento, mediante acuerdo motivado, las medidas de carácter provisional que resulten necesarias para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer”*.

A) Caracteres de las “medidas cautelares”

Las “medidas cautelares” recogidas en el artículo 61 LO 4/2000 no se configuran como garantías de efectividad de la tutela judicial solicitada por los inmigrantes para evitar la ejecutividad inmediata; al contrario, las medidas contempladas son garantías reconocidas a la Administración para asegurar la eficacia de la ejecución respecto del acuerdo de expulsión que finalmente pueda recaer tras la terminación del procedimiento²⁸⁹; en ese sentido se expresa el artículo 61, al decir: *“la autoridad gubernativa competente podrá acordar, a instancia del instructor, y a fin de asegurar la eficacia de la resolución final que pudiera recaer, alguna de las siguientes medidas...”*. La finalidad perseguida con el catálogo de medidas previstas es la de servir de instrumentos al servicio de la mayor eficacia posible, incluso a través de la compulsión personal y otras restricciones de

“medidas provisionales”, dado el carácter temporal que tales medidas presentaba, en coherencia con el artículo 72 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública.

²⁸⁹ Así opina MOLINA NAVARRETE, C., *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e integración social*, (con MONEREO PÉREZ, J.L.) Granada, 2001, pág. 848.

derechos fundamentales, de la potestad sancionadora de la Administración en materia de extranjería.

Sin embargo, hay que tener en cuenta que la Administración no podrá hacer uso “desviado” o “desproporcionado” de su potestad, que vaya más allá de lo estrictamente necesario para garantizar la finalidad perseguida, según el principio de necesidad y proporcionalidad que caracteriza el ejercicio de cualquier potestad sancionadora de la Administración²⁹⁰.

Conviene hacer dos precisiones respecto de estas medidas, denominadas “cautelares”: de un lado, las medidas que enumera el artículo 61 de la Ley sólo pueden adoptarse en expedientes en los que se formule propuesta de expulsión y en determinados expedientes relativos a la comisión de infracciones por transportistas; de otra parte, la adopción de tales medidas corresponde a la autoridad gubernativa competente para la resolución del expediente y no el competente para su incoación, salvo que uno y otro coincidan puntualmente, así lo establece el artículo 61·LO 4/2000 que establece: “1. Desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión, el instructor...”²⁹¹.

B) Naturaleza jurídica

²⁹⁰ Es doctrina constitucional consolidada en STC 341/1993, de 18 de noviembre (RTC 1993, 341) y STC 312/2000, de 18 de febrero, (RTC 2000, 312).

²⁹¹ El artículo 72.1 Ley 30/1992 encomienda la adopción de medidas cautelares al órgano competente para resolver el expediente, aunque el precepto señala que dicho órgano puede hacerlo de oficio (se supone que por sí o a propuesta del Instructor) o a instancia de parte. El artículo 61.1 LO 4/2000, en cambio sólo contempla su adopción “a instancia del instructor”.

La primera cuestión que se plantea es la naturaleza jurídica de estas medidas que se pueden adoptar en el procedimiento sancionador de extranjería. La doctrina no tiene una respuesta unánime al respecto.

Una primera postura entiende que tales medidas son medidas cautelares “strictu sensu”²⁹², al afirmar que deben concurrir los dos presupuestos propios de las mismas para que puedan adoptarse, y con ellas se pretende asegurar el hipotético resultado de un procedimiento administrativo, conjurando el peligro de que la resolución adoptada no pueda ser ejecutada por los efectos del transcurso del tiempo, lo que conocemos como *periculum in mora*, es decir, la posibilidad de que, en el tiempo durante el que tienen lugar efectivamente dichos actos, se realicen acciones o acontezcan eventos que imposibiliten o dificulten el cumplimiento de la resolución principal; y además debe existir una causa suficiente para la protección de los intereses implicados, *fumus boni iuris*, consistente en la valoración por parte de la autoridad competente de los indicios, elementos o circunstancias que rodean la fundamentación de la solicitud de la medida cautelar, y tendrá que ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidad de los objetivos que se pretendan garantizar en cada supuesto, debiendo adoptarse, en todo caso, mediante acuerdo motivado (artículos 72 y 236 Ley Régimen Jurídico de la Administración pública).

Otra postura entiende que tales medidas tienen carácter provisional y se adoptan con carácter de urgencia, fundadas en un estricto y concreto, no genérico, interés general, por lo que deberán siempre ponderarse las

²⁹² DE LORENZO SEGRELLES, M., *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España* (con ESPLUGUES MOTA, C.), cit., pág. 452, en el mismo sentido se pronuncia GARBERÍ LLOBREGAT, J., *El proceso penal*, (coord. CONDE-PUMPIDO C.), Barcelona, Bosch, 2000; y

circunstancias concretas concurrentes en cada situación, primando el punto de vista del derecho fundamental de la persona afectado²⁹³. En todas ellas se ejerce, de una forma u otra, con un mayor o menor grado, la “compulsión personal”, son el resultado del ejercicio de un poder de coacción directamente sobre la voluntad y las conductas de los inmigrantes (privación de documentación, obligación de presentación periódica, detención).

Es posible adoptar medidas que comportan privación o restricción de libertad, como sucede con el internamiento de extranjeros, pero que no se adoptan en relación con un proceso, y por lo tanto no se cumple con el carácter propio de las medidas cautelares propiamente dichas, como es el de instrumentalidad respecto a un proceso principal, del que tiende a garantizar su resultado²⁹⁴. Aún cuando no se consideren medidas cautelares, sin embargo, al comportar privación de libertad, supone que, en los supuestos de incumplimiento de legalidad en la adopción o mantenimiento de las mismas, cabrá la posibilidad de acudir al proceso de *Habeas Corpus*.

Algún autor²⁹⁵, cuando se refiere a las medidas cautelares del artículo 61, prefiere la denominación de “medidas provisionales”, que es la que utiliza la Ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública, pues mientras que las medidas provisionales aseguran el buen fin del

DORADO NOGUERAS, F.M./ RODRÍGUEZ CANDELA, J.L., *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, (coord. MERCEDES MOYA), cit., pág. 891.

²⁹³ MOLINA NAVARRETE, C., *Comentario a la Ley y al Reglamento...*, cit., pág. 851.

²⁹⁴ BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, cit, pág. 462, opina que para distinguir las medidas cautelares de otros instrumentos jurídicos hay que partir de un concepto genérico, el de medidas coercitivas que pueden producir una afectación de derechos, a veces motivada para asegurar la efectividad de la sentencia (de naturaleza cautelar), y otras veces por motivos de investigación o de prevención (no cautelares).

procedimiento (en este caso, administrativo sancionador), las cautelares sirven para afianzar la ejecución de la resolución recaída, diferencia de matiz que merece una denominación diferente. Para un estudio más detallado sobre la naturaleza jurídica y los presupuestos de estas medidas trataremos en los capítulos referentes a la detención y el internamiento de extranjeros.

C) Clases de medidas

El artículo 61 LO 4/2000 pretende recoger de forma conjunta todo el catálogo de medidas útiles para la Administración, pero también destaca su dimensión cerrada o exhaustiva, es decir el “*numerus clausus*” de las medidas.

Con carácter general, podemos hacer una clasificación de las mismas en atención a la autoridad competente para proponerlas, por un lado, y para dictarlas o acordarlas, por otro. La mayor parte de las contempladas en el artículo 61 pueden ser establecidas por la autoridad gubernativa (todas menos el internamiento), y en ocasiones por los agentes de policía; otras requieren de autorización judicial (el internamiento), limitándose la competencia gubernativa a la función de propuesta.

La enumeración de medidas cautelares es la siguiente:

a) *Presentación periódica ante las autoridades competentes* (artículo 61.1,a).

Regulada también en el artículo 131.6 del Reglamento de ejecución de 2004, que establece: “*Cuando el instructor solicite el internamiento y la*

²⁹⁵ DORADO NOGUERAS, F.M./ RODRÍGUEZ CANDELA, J.L., *Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, cit., pág. 891. Por su parte, LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, M., (*La nueva Ley de extranjería: Guía práctica y jurisprudencia*, cit., pág. 928), las denomina “medidas de seguridad”.

autoridad judicial lo deniegue, el instructor, con el fin de asegurar la eficacia de la resolución final que pudiera recaer, podrá adoptar alguna o algunas de las siguientes medidas cautelares...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”.

Aunque no se aclara que debe entenderse por “autoridad competente”, todo parece indicar que será el órgano que adopte la medida cautelar²⁹⁶. La utilidad de esta medida se vincula a las situaciones en que el inmigrante carece de una estabilidad en nuestro territorio y no tenga domicilio conocido, también en situaciones de “falta de arraigo” o de inestabilidad domiciliaria. La frecuencia de las presentaciones, así como el lugar de presentación deberá fijarse atendiendo al principio de proporcionalidad que rige tanto para las sanciones como para las medidas cautelares, debiendo permitirse al interesado presentarse ante las autoridades más cercanas a su domicilio. El incumplimiento de esta obligación se considera infracción grave a tenor del artículo 53, d) LO 4/2000, susceptible de ser sancionada con la expulsión.

b) Residencia obligatoria en determinado lugar (artículo 61.1,b).

Es una medida más gravosa que la anterior por cuanto es restrictiva del derecho a la libertad de circulación y a elegir libremente el lugar residencia; debiendo ser adoptada motivadamente, y ponderando adecuadamente las circunstancias concurrentes, a fin de justificar una restricción de este tipo, que sólo procede en supuestos especiales, como los

²⁹⁶ DORADO NOGUERAS, F.M./ RODRÍGUEZ CANDELA, J.L.,(Comentario sistemático a la Ley de Extranjería, cit., pág. 890), entiende que podrá hacerse ante cualquier tipo de autoridad administrativa, tales como ayuntamientos, comisarías, juzgados, etc., sin que sea imprescindible la presentación ante el órgano instructor.

imperativos de control policial de sospechosos de actividades delictivas o por razones de seguridad pública. Con todo, sería deseable que se adoptara, siempre que fuera posible, en lugar de la medida de detención cautelar, que es mucho más gravosa para el extranjero²⁹⁷. Respecto a la naturaleza jurídica de esta medida restrictiva, tiene naturaleza preventiva, y no cautelar, al no reunir los requisitos de las medidas cautelares penales.

c) *Retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad* (artículo 61.1,c).

Esta medida, que durante la vigencia de la LO 7/1985 se venía poniendo en práctica sin cobertura legal, se instauró por LO 4/2000. Está prevista, también, en el artículo 131.6,a) del Reglamento de ejecución de 2004²⁹⁸. La medida puede tener la finalidad de asegurar la permanencia en España mientras se tramita el expediente, pero también puede ser un medio instrumental de las investigaciones para verificar la autenticidad de la documentación retenida.

Respecto a su naturaleza jurídica, debemos afirmar que dicha medida no es cautelar, sino una medida de carácter preventiva personal²⁹⁹, por las mismas razones mencionadas anteriormente.

El alcance de esta medida se limita a la documentación acreditativa de su nacionalidad, no puede afectar a la documentación concedida por las

²⁹⁷ Regulada en el artículo 131, 6 del Reglamento de ejecución de 2004.

²⁹⁸ El anterior Reglamento de ejecución de 2001 establecía en el artículo 117.2 esta medida, al establecer: “*cuando en las primeras actuaciones de la fase de instrucción concurran razones que así lo aconsejen, como carecer el extranjero de arraigo, de domicilio conocido o no manifestase lugar alguno a efecto de notificaciones, el órgano competente para iniciar el procedimiento o el órgano instructor podrán adoptar la medida provisional de retirada de pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado de recibo acreditativo de tal medida*”, siendo anulado el mismo por STS de 20 de marzo de 2003 (La Ley Juris 1363/2003) en lo que atañe al inciso “*para iniciar el procedimiento o el órgano instructor*” por cuanto resulta contrario al artículo 61.1 LO 4/2000.

²⁹⁹ En ese sentido BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, cit., pág. 462.

autoridades españolas para acreditar su situación en nuestro país; por consiguiente, respecto de esta otra documentación, siendo importante garantizar su posesión, el régimen aplicable es el previsto para el DNI de los españoles (artículo 3.1 LO 4/2000).

d) *Detención cautelar* (artículo 61.1,d).

Esta medida cautelar tiene su antecedente inmediato en el artículo 26.6 LO 7/1985, sin embargo la LO 4/2000, sorpresivamente, no mencionó la facultad de detención dentro del catálogo de medidas “provisionales”. La omisión fue corregida por la LO 8/2000, que la incluyó en el apartado d) del artículo 61.1, decretada por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un periodo máximo de 72 horas, previa a la solicitud de internamiento.

Con relación a esta detención el Tribunal Constitucional, ha rechazado que sea contraria a la Constitución (STC 115/1987). Asimismo, la doctrina constitucional³⁰⁰ ha establecido que no toda compulsión personal constituye detención preventiva, pues al margen de esta situación se encuentran otras situaciones jurídicas de sujeción o compulsión personal. Pero estas medidas de compulsión personal, en cuanto limitan la libertad del individuo, sólo pueden tener lugar en los casos y en la forma previstos en la ley y conformes con el principio de limitación temporal del artículo 17.2 CE³⁰¹. La remisión a la ley no implica que el legislador quede habilitado para prever otras privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada, supuesto en el cual padecería tanto la libertad como la seguridad de la persona³⁰².

³⁰⁰ STC 174/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999, 174) y STC 179/2000, de 26 de junio (RTC 2000, 179).

³⁰¹ STC 341/1993, de 18 de noviembre (RTC 1993, 341).

³⁰² STC 341/1993, de 18 de noviembre (RTC 1993, 341); STC 174/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999, 174).

El artículo 61.2 LO 4/2000 ha recogido de forma amplia esta doctrina garantista, afirmando que en cualquier supuesto de detención, “*la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a 72 horas*”, previsto en la CE para la detención preventiva. El límite de 72 horas constituye un límite máximo, por lo que sólo debe ser agotado cuando existan razones que lo justifiquen. Puesto que la libertad es un derecho inherente a la condición humana sólo puede ser restringido de forma excepcional, y la detención preventiva “*no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario*” (artículo 17.1 CE). Además el procedimiento de *Habeas Corpus* podrá ser utilizado, incluso antes de la finalización del plazo de setenta y dos horas, si se considera que la detención se está prolongando excesivamente. Los diversos supuestos de detención gubernativa que se pueden plantear será objeto de estudio en otro capítulo, así como su naturaleza jurídica.

e) *Internamiento preventivo* (artículo 61.1,e).

Esta medida supone una restricción de la libertad individual fuera del proceso penal. Se trata de una medida preventiva incardinada en un procedimiento administrativo, pero cuya autorización corresponde a la autoridad judicial³⁰³, y supone una privación de libertad que va más allá del plazo de 72 horas de detención gubernativa. La decisión de internamiento debe adoptarla el Juez de Instrucción en auto motivado y previa audiencia del interesado (artículo 62.1 LO 4/2000). La función del

³⁰³ La competencia viene atribuida a los Juzgados de Instrucción, en funciones de guardia, art. 62.1 LO 4/2000, pero algún sector de la Judicatura reclama su atribución a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, como CALVO ROJAS, E., *Procedimiento Administrativo sancionador. Especial referencia a las medidas cautelares*, en «Cuadernos de Derecho Judicial», 2001, CGPJ, pág. 202; y el motivo no es otro que remarcar el deslinde con las privaciones preventivas de libertad acordadas en el proceso penal. En el mismo sentido, PECES MORATE, J. E., *Garantías jurisdiccionales para los extranjeros. Medidas cautelares en el proceso*, «Cuadernos de Derecho Judicial», Madrid, 2001, pág. 235.

Juez Instructor en el internamiento es la de examinar formalmente las causas invocadas en el expediente administrativo para comprobar si son de las que permiten la adopción de tal medida³⁰⁴, sin que le esté permitido examinar si dichas causas concurren en el caso concreto, puesto que ello compete a la jurisdicción contencioso-administrativa. El internamiento se mantendrá por el tiempo “imprescindible” para los fines del expediente, correspondiendo al Juez fijar la duración máxima atendiendo a las circunstancias concurrentes sin que en ningún caso pueda exceder de cuarenta días (artículo 62.2 LO 4/2000 y artículo 131.5 del Reglamento de ejecución, RD 2393/2004).

La STC 115/1987, de 7 de julio, que examinó la posible inconstitucionalidad del internamiento de extranjeros, dejó claro que no puede equipararse el internamiento preventivo de extranjeros previo a su expulsión con las detenciones preventivas de carácter penal, existiendo diferencias sustanciales no sólo en las condiciones físicas de su ejecución sino también en función del diverso papel que cumple la Administración en uno y otro caso. En materia penal, una vez puesto el detenido por el órgano gubernativo a disposición judicial, la suerte final del detenido se condiciona a decisiones judiciales posteriores, tanto en lo relativo a la detención preventiva como el resultado del proceso penal posterior. En el procedimiento de expulsión, la decisión final sobre la misma corresponde al órgano gubernativo, y por ello es una decisión que puede condicionar la propia situación del extranjero detenido. Ello significa que el órgano que “interesa” el internamiento persigue un interés específico estatal, relacionado con la policía de extranjeros, y no actúa ya, como en la

³⁰⁴ Así se expone en STC 144/1990, de 26 de septiembre (RTC 1999, 144).

detención penal, como un mero auxiliar de la justicia, sino como titular de intereses públicos propios.

También existen diferencias entre las medidas preventivas de detención e internamiento: la detención es una facultad policial, mientras que el internamiento sólo puede acordarse por la autoridad judicial. Sin embargo ese control judicial que realiza el Juez de Instrucción está previsto como una especie de trámite burocrático que poco o nada garantiza. ESCUIN PALOP³⁰⁵ entiende que ese control judicial no supone un acto de verdadera tutela judicial y mientras el extranjero está internado permanece a disposición de la autoridad gubernativa.

Hay que señalar, por otra parte, que ni las detenciones administrativas de extranjeros, ni los internamientos, contrarían la prohibición constitucional que veda a la Administración civil imponer sanciones privativas de libertad. Recordemos que ni la detención ni el internamiento son sanciones administrativas a los efectos del artículo 25.3 CE. La sanción por infracción del régimen de extranjería consiste en una multa o en una orden de expulsión acordada en sustitución de la sanción pecuniaria. La detención o el internamiento de extranjeros no son sino medidas coercitivas personales que afectan al derecho de libertad personal dirigidas a asegurar la ejecución de dicha sanción administrativa que impone al extranjero su salida obligatoria de España.

Un estudio más completo sobre el internamiento preventivo será tratado en otro capítulo.

f) *Otras medidas provisionales*

³⁰⁵ ESCUIN PALOP, V., *Régimen jurídico de la entrada y permanencia de extranjeros en España*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 97.

El artículo 61.2 LO 4/2000 regula unas medidas provisionales específicas en el caso de expedientes por infracciones de los transportistas, que pueden acordarse con independencia de que la sanción propuesta sea o no la expulsión. Estas medidas pueden consistir en la suspensión de sus actividades, la prestación de fianzas o avales o la inmovilización del medio de transporte utilizado³⁰⁶. Se trata de típicas medidas adoptadas en el ámbito administrativo sancionador cuando se trata de actividades de carácter económico-empresarial³⁰⁷.

Estas medidas tampoco tendrían naturaleza cautelar; serían medidas coercitivas con una finalidad preventiva que afectan a la propiedad (fianzas o avales) o medidas aseguratorias de medios materiales utilizados en las conductas realizadas por los transportistas y que son sancionados por la LO 4/2000.

No se contempla, sin embargo, como medida cautelar el alejamiento de fronteras o núcleos de población, cuya vulneración daría lugar a la infracción del artículo 53 d) LO 4/2000³⁰⁸.

³⁰⁶ Estas medidas son excesivamente genéricas e imprecisas en su definición, no concretando el tiempo de suspensión de las actividades, ni la cantidad que deberá prestarse como fianza, ni el procedimiento que se seguirá para inmovilizar el medio de transporte.

³⁰⁷ En el orden administrativo se regulan estas medidas en el artículo 15 del RD 1398/1993, por el que se aprueba el Reglamento regular del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, a tenor del cual, de conformidad con los referidos artículos 72 y 136 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración Pública, se reconoce al órgano competente para resolver el procedimiento su adopción. A estas medidas se les denomina “provisionales”.

³⁰⁸ La LO 7/1985 recogía en su artículo 6 entre las medidas que puede adoptarse por el Ministerio del Interior: “...b) de alejamiento de fronteras o núcleos de población concretados singularmente”.

Sección Segunda

El derecho a la libertad y posible restricción a través de la detención: consideraciones generales

Determinar el ámbito del presente capítulo supone hacer referencia a una serie de cuestiones previas, como son la regulación de los derechos fundamentales en general y, dentro de los mismos, el derecho a la libertad personal, que es uno de los derechos fundamentales reconocidos en nuestro ordenamiento jurídico, recogido expresamente en el artículo 17 CE; siendo además la libertad uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, conforme establece el artículo 1.1 CE: “1. España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”, y del ordenamiento jurídico internacional³⁰⁹, según establece la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948³¹⁰, el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 1950³¹¹ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966³¹². Precisamente por encontrarnos en

³⁰⁹ La recién aprobada Constitución Europea ampara, también, la libertad como uno de los valores “indivisibles y universales” en los que se funda la Unión, sobre las base de los “principios de la democracia y el Estado de Derecho”, como expone el Preámbulo de la Parte II “Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión”, y el artículo II-66, del Título II de la Parte II, según el cual “*toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad*”.

³¹⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (ONU, 10 de diciembre de 1948).

³¹¹ Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 (Consejo de Europa, Roma, 4 de diciembre de 1950).

³¹² Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966 (ONU, Nueva York, 19 de diciembre de 1966).

un régimen democrático, donde rigen los derechos fundamentales como éste, la libertad de los ciudadanos se configura como la regla general y no como excepción, de modo que éstos gozan de autonomía para elegir libremente entre las diversas opciones vitales que se les presentan³¹³.

I. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Los derechos fundamentales configuran uno de los elementos estructurales del Estado de Derecho y difícilmente pueden concebirse como realidades separadas; así sólo donde está instaurado el Estado de Derecho puede hablarse de efectividad de los derechos fundamentales y allí donde se reconocen y garantizan los derechos fundamentales, existe Estado de Derecho³¹⁴. No hay Estado Social y Democrático de Derecho si el Ordenamiento jurídico no incorpora como derechos fundamentales las demandas sociales más importantes; esto es, los derechos fundamentales y las libertades públicas son la esencia del Estado de Derecho y éste constituye la garantía de aquéllos, habiendo señalado el Tribunal

³¹³ En ese sentido STC 147/2000, de 29 de mayo (RTC 2000, 147) y STC 209/2000 de 24 de julio, FJ 3º (RTC 2000, 209).

³¹⁴ Sobre el concepto de derechos fundamentales ver: PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 1984, págs. 21 y ss; PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos fundamentales*, Madrid, 1995; GARZÓN VALDÉS, J., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993; SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, J. J., *Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales*, Revista de Estudios Políticos, núm. 71, 1991; RUÍZ-GIMÉNEZ CORTÉS, J., *Derechos fundamentales de la persona. Comentario al art. 10 CE*, en «Comentarios a las leyes políticas», Tomo II, (Dir.: ALZAGA VILLAMAIL, O.) Madrid, 1984; GARCÍA MORILLO, J., *El amparo judicial de los derechos fundamentales*, Madrid, 1985; LINDE PANIAGUA, E., *Protección de los Derechos Fundamentales y Libertades públicas en la CE de 1978*, en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, núm. 5, 1981.

En general, sobre los derechos fundamentales en la Constitución, ver MARTÍN-RETORTILLO, L. y DE OTTO PARDO, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988; FREIXES SANJUÁN, T., *Constitución y derechos fundamentales*, Barcelona, 1992.

Sobre un estudio sistemático de jurisprudencia constitucional de los artículos 1 a 55 CE, ver RUBIO LLORENTE, F., *Derechos fundamentales y principios constitucionales (doctrina jurisprudencial)*, Barcelona, 1995.

Constitucional que los derechos fundamentales responden a un sistema de valores que no pueden entenderse al margen de la Constitución³¹⁵.

En nuestro ordenamiento jurídico los derechos fundamentales se definen como derechos constitucionales. Es el único rasgo común que presentan todos los derechos que se contienen en el Título I de la Constitución Española, bajo la rúbrica de “Derechos y Deberes fundamentales”, de manera que aunque se ofrecen garantías y formas de tutela diferenciadas para ellos, el respaldo normativo es, en principio, igual para todos.

El Título I de la Constitución se divide en cinco capítulos en los que el artículo 10 aparece como introducción para remarcar el carácter básico del individuo y sus derechos para el orden político, así como para determinar las reglas de la correcta interpretación de los derechos fundamentales contenidos en dicho título. Así, el artículo 10 CE proclama: *“1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social.*

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

El capítulo primero se encarga de regular las condiciones de ejercicio de los derechos fundamentales, si bien alguna de esas condiciones

³¹⁵ STC 21/1981, de 15 de junio (RTC 1981, 21) y STC 129/1989, de 17 de junio (RTC 1989, 129).

representan auténticos derechos fundamentales, siendo en el capítulo segundo donde se sitúa la auténtica declaración de derechos. Este capítulo se subdivide, a su vez, en dos secciones precedidas por el reconocimiento del principio de igualdad ante la ley, en el artículo 14 CE. Es en la Sección 1ª del Capítulo II, denominada “Derechos fundamentales y libertades públicas” donde se regulan derechos y libertades que pueden entrar en cuestión en el curso de una investigación sobre hechos presuntamente delictivos, entre los que se encuentra el derecho a la libertad personal, que más profundamente examinaremos.

El capítulo tercero, denominado “Principios rectores de la política social y económica”, no reconoce propiamente derechos subjetivos, sino principios rectores que deben de presidir la acción de los Poderes Públicos.

El capítulo cuarto se dedica a regular las garantías que permiten asegurar la plena efectividad de los derechos fundamentales.

El capítulo quinto establece las bases de la regulación de la suspensión de los derechos fundamentales durante situaciones excepcionales de crisis.

Del examen y lectura del Título Primero se desprende que solamente los derechos reconocidos en los artículos 11 a 30 de la CE pueden clasificarse de derechos fundamentales, sin perjuicio de conocer que no todos los preceptos contienen derechos fundamentales, puesto que, junto al reconocimiento de las facultades subjetivas del individuo, existen normas que no reconocen propiamente derechos fundamentales sino reglas complementarias a la regulación de éstos.

La Constitución establece una primera clasificación de los derechos fundamentales derivada de la ubicación de los distintos derechos dentro del Título Primero. Pero más clarificadora resulta la que atiende a la

naturaleza de los derechos, distinguiendo entre derechos de libertad y derechos de prestación³¹⁶. Los *derechos de libertad* se caracterizan porque su definición conlleva una delimitación negativa del ámbito de actuación del individuo, lo que supone, que, en cuanto límite, lo que impone es básicamente una actitud de abstención por parte de todos los sujetos y, especialmente, por los poderes públicos. Por su parte, *los derechos de prestación* implican, por el contrario, una actitud activa de los poderes públicos que deben de llevar a cabo las acciones oportunas para su consecución .

En la categoría de derechos fundamentales de libertad es donde se ubica el derecho a la libertad personal contenida en el artículo 17 CE., como garantía individual en íntima relación con el derecho a la seguridad personal también reconocido en dicho artículo.

Pero ambas categorías de derechos no pueden configurarse como compartimentos estancos sino que se encuentran en íntima relación complementándose mutuamente, más aún, cuando, en la actualidad, la libertad meramente garantizadora de una esfera de acción del individuo no es comprensible sin atender a la satisfacción de otras necesidades de éste que exigen una actividad positiva del Estado³¹⁷.

En el decurso de una investigación penal, y por parte de quienes la tienen legalmente encomendada, se pueden producir intromisiones en el ámbito propio de ciertos derechos fundamentales, como la integridad física (artículo 15), la libertad individual (artículo 17) o la inviolabilidad del domicilio o el secreto de las comunicaciones (artículo 18). Estos derechos

³¹⁶ PRIETO SANCHIS, L., *Estudios sobre derechos fundamentales*, Debate, Madrid, 1999, págs. 121 y ss.

³¹⁷ GARCÍA MORILLO, J., *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos* (vol. I), Valencia, 1994, págs. 230 a 232.

fundamentales, integrados en la categoría de los llamados *derechos personales*³¹⁸, se habrían de encuadrar dentro del *status libertatis* en la conocida clasificación de JELLINEK³¹⁹, lo que supone el reconocimiento de una esfera de libertad para los ciudadanos y, al propio tiempo, desde la perspectiva de los poderes públicos, exige la garantía de su respeto, impidiendo la intromisión estatal en ella, serían los que son llamados *derechos reaccionales*.

Junto a estos derechos fundamentales se situarían otros, los *derechos civiles*, que corresponden al *status civitatis*, de contenido positivo en cuanto con ellos viene a reconocerse a los ciudadanos el ejercicio de pretensiones encaminadas a recabar la tutela de sus derechos frente al Estado. La mencionada distinción respecto de los derechos fundamentales es clarificadora para el presente tema, por centrar el acento en el carácter negativo que se aprecia en los primeros al no admitir la injerencia del Estado, en tanto que los derechos civiles se ejercen precisamente frente a él, siendo de signo contrario³²⁰. En el primer caso habría que preguntarse hasta donde y en qué supuestos serían legítimas las intromisiones o el “recorte” en el ejercicio de aquellos derechos fundamentales, fijando con precisión sus límites como consecuencia de diligencias de investigación penales. En el segundo caso, por el contrario, será preciso indagar en qué medida su pleno ejercicio se garantiza adecuada y plenamente por el ordenamiento jurídico.

³¹⁸ PÉREZ LUÑO, A.E., *Los derechos fundamentales*, cit. ,págs. 174 y ss, distingue entre derechos personales, derechos civiles y derechos políticos.

³¹⁹ JELLINEK, Georg, *System des subjektiven öffentlichen Rechte.*, reimpresión de la 2ª edic. de 1919, Aalen, 1964, pág. 94 y ss.

³²⁰ MORENO CATENA, V., *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal*, Revista de Poder Judicial, numero especial II: Justicia Penal. CGPJ. 1988, pág. 25

II. EL DERECHO A LA LIBERTAD

Dentro de los derechos fundamentales destaca el de *la libertad*, que es, junto al derecho a la vida y a la integridad física, uno de los más preciados bienes de la persona; al mismo tiempo, es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico junto a la justicia, la igualdad y el pluralismo político, como señala el artículo 1.1. CE³²¹. De ahí la importancia de la libertad que, además de ser un derecho fundamental, está vinculada directamente con la dignidad de la persona, y cuya trascendencia estriba precisamente en ser el presupuesto de otras libertades y derechos fundamentales. La libertad de los ciudadanos es en un régimen democrático donde rigen derechos fundamentales la regla general, y no la excepción³²².

La libertad puede contemplarse en la CE, además de genéricamente como valor superior del ordenamiento jurídico (artículo 1.1.), desde otras manifestaciones más concretas; así: Libertad sindical (artículos 7 y 28); de desarrollo de la personalidad (artículo 10); de los extranjeros en España (artículo 13); ideológica y religiosa (artículo 16); de las personas (artículo 17); de residencia y entrada y salida en España (artículo 19); de pensamiento y cátedra (artículo 20); de elección de profesión (artículo 35); de empresa (artículo 38); de elección de representantes públicos (artículo 23).

A pesar de la relevancia que tiene el derecho fundamental a la libertad, sin embargo no siempre ha tenido una consagración jurídica.

³²¹ La STC 93/1992, de 11 de junio (RTC 1992, 93), respecto a la libertad como libre desarrollo de la personalidad establece (FJ 8º): “*el principio general de libertad que consagra la CE en sus artículos 1.1 y 10, autoriza a los ciudadanos a llevar a cabo todas aquellas actividades que la ley no prohíba o cuyo ejercicio no subordine a requisitos o condiciones*”. En el mismo sentido, STC 209/2000, de 24 de julio (RTC 2000, 209).

Existen etapas históricas donde la libertad ha sido frecuentemente desconocida o anulada.

La concepción de libertad como derecho subjetivo común a todas las personas y del que solo se puede privar en casos tasados y limitados, es una noción moderna que coincide con el nacimiento del Estado liberal, entendiendo en esta concepción política, como regla general, la idea de que las personas no pueden ser privadas de libertad. Para que se pueda dar tal privación es necesario que haya una causa precisa para ello, que se haya producido un hecho previamente recogido en una norma que justifique tal privación y que esa norma revista la forma de ley, pues sólo por ley se pueden determinar las causas de privación de libertad. Además, como garantía, tan solo un órgano jurisdiccional será el que decida si concurren los presupuestos que justifican la privación de libertad³²³.

Debemos configurar el derecho a la libertad como “*un derecho público subjetivo, en la medida en que pertenece a la persona por razón del “status jurídico” que ésta ostenta en relación con el Estado, y porque se inscribe en una relación jurídico-pública cuyo sujeto activo y pasivo son el sujeto individual y el Estado, titular de derechos y obligaciones respecto a los individuos*”³²⁴.

El derecho a la libertad, como derecho público subjetivo, forma parte de los derechos pertenecientes al *status libertatis* constituido por el conjunto de derechos de autonomía de la persona situados fuera de la intervención del Estado, y como tales constituye uno de los derechos especialmente protegidos por el ordenamiento jurídico constitucional,

³²² STC 147/2000, de 29 de mayo (RTC 2000, 147).

³²³ GARCÍA MORILLO, J., *Derecho Constitucional...*, cit., págs. 229 a 231.

³²⁴ SORIANO SORIANO, R., *El derecho de “Habeas Corpus”*, Congreso de los Diputados, Monografías, núm. 6, Madrid, 1986, págs. 11 y 12.

teniendo un tratamiento privilegiado y una protección procesal especial mediante procedimientos especiales tanto en la jurisdicción ordinaria como en la jurisdicción especial.

De todos los derechos públicos subjetivos, el derecho a la libertad se configura como el más importante, dedicando la Constitución el artículo 17 a proteger el derecho de toda persona a la libertad y a la seguridad, reconociendo estos derechos como la posibilidad de la persona de determinar libremente su conducta, de actuar libremente, de conformidad con dicha determinación sin que esa actuación, siempre que sea lícita, sufra interferencias o impedimentos por parte de terceros y especialmente por los poderes públicos; este precepto constituye la clave de la regulación de las libertades públicas y de la seguridad jurídica de los ciudadanos³²⁵.

Tanto la libertad como la seguridad son derechos fundamentales cuyo reconocimiento se articula desde un sentido negativo, es decir, desde las perturbaciones o injerencias externas que dificultan e imposibilitan su realización efectiva, desde la privación de libertad. Según el Tribunal Constitucional³²⁶, *“el derecho a la libertad y a la seguridad comporta la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas tales como la detención y otras similares que, adoptadas arbitraria e ilegalmente, restringen o amenazan la libertad de toda persona de organizar en todo momento y lugar, dentro del territorio nacional, su vida individual y social con arreglo a sus propias convicciones”*. De la misma forma su protección jurídica se canaliza también negativamente, es decir, mediante la determinación de los supuestos en que la libertad y la seguridad personales pueden ser limitadas o suprimidas, por lo que el reconocimiento

³²⁵ GARCÍA MORILLO, J., *Derecho Constitucional...*, cit., pág. 231.

³²⁶ STC 15/1986, de 31 de enero (RTC 1986, 15).

constitucional de las mismas se plasma en una serie de mecanismos tendentes a garantizarlas y que se prevén a lo largo de los distintos apartados del artículo 17 CE, que más adelante examinamos.

Asimismo el derecho a la libertad, a pesar de ser un derecho fundamental, no es un derecho absoluto, sino que, por tratarse de una libertad jurídica deberá verse limitado en lo imprescindible en aquellas ocasiones en que la salvaguarda de bienes y valores constitucionales de mayor rango lo exija³²⁷. Es la propia Constitución la que establece las excepciones a la libertad en los términos previstos en el artículo 17.1, de modo 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”* o, como interpretó el Tribunal Constitucional desde sus inicios, *“el derecho a la libertad del artículo 17.1 es el derecho de todos a no ser privado de la misma, salvo en los casos y en la forma previstos por la ley: en una Ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así limita”*³²⁸.

El artículo 17 CE se refiere expresamente, por su importancia y por el incorrecto uso que se hizo del mismo en épocas pasadas, a dos posibles limitaciones de la libertad ambulatoria: la detención preventiva por razón de delito y la prisión provisional³²⁹. Pero no son éstas las únicas formas de

³²⁷ STC 178/1985, de 19 de diciembre (RTC 1985, 178).

³²⁸ STC 140/1986, de 11 de noviembre (RTC 1986, 140); STC 160/1986, de 16 de diciembre (RTC 1986, 160); STC 241/1994, de 20 de julio (STC 1994, 241) y STC 121/2003, de 16 de junio (RTC 2003, 121).

³²⁹ En ese sentido BANACLOCHE PALAO, J., *La Libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho Español*. Madrid. 1996, pág. 145 y ss. También GARCÍA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal*, cit. Pág. 43 y ss.; y PORTILLA CONTRERAS, G., (*Seguridad ciudadana. Materiales de reflexión crítica sobre la Ley Corcuera*, Madrid, 1993, pág. 79) quien afirma que sólo hay dos formas de privación de libertad: detención y prisión.

privación de libertad constitucionalmente admisibles³³⁰; pensamos en la privación de libertad que conlleva el cumplimiento de una pena o en aquélla a que es preciso someter en determinadas circunstancias a algunos enfermos mentales, por ejemplo; existiendo distintas privaciones de libertad que podemos englobar bajo el nombre de detención, pero que regulan situaciones bien dispares, desarrolladas con más profundidad en otro capítulo.

III. LA LIBERTAD PERSONAL: CONCEPTO Y REQUISITOS PARA SU RESTRICCIÓN

1. CONCEPTO

El término libertad es ciertamente multívoco, y pueden comprenderse en el concepto todo el cúmulo de atributos inherentes a la persona humana para su completa realización, entendidos según el estadio de la civilización y el modelo de sociedad en que vivimos: así, puede hablarse de libertad de pensamiento, de cátedra, de información, de expresión, etc. Y entre las diversas manifestaciones que pueden percibirse de la libertad, genéricamente contemplada, merece nuestra atención la libertad personal, libertad de mayor excelencia que otros tipos por ser su violación difícilmente reparable³³¹. Exclusivamente vamos a hacer

³³⁰ El Convenio Europeo de Derechos Humanos recoge diversos casos de privación de libertad distintos de la detención (artículo 5 CEDH), recordando que forma parte del derecho español (artículo 10.2 CE).

³³¹ RODRÍGUEZ RAMOS, L.,(*Los derechos fundamentales y libertades públicas (I)*, en "Libertad, detención y prisión preventiva, en XII Jornadas de estudio. Dirección General del Servicio Jurídico del Estado. Madrid. 1992, pág. 410) afirma que la "libertad en general, sin perjuicio de concretarse en diversas libertades tiene mucho que ver con la específica libertad ambulatoria, porque las restantes libertades difícilmente se podrían ejercitar... sin esta premisa de la libertad locativa".SERRANO ALBERCA, J.M., (*Estudio sobre el artículo 17 CE, en*

referencia a la forma más primaria de libertad: a la libertad ambulatoria o de movimientos, a la libertad personal, reconocida como derecho fundamental en el artículo 17.1 CE.

La Constitución Española da por supuesto el concepto de libertad personal sin hacer referencia alguna a qué debe entenderse por la misma o a cuál deba ser su contenido, sino que parte de la existencia de un concepto único e incontrovertido bajo la creencia de su asunción y comprensión universal que no tiene por qué ajustarse a la realidad, más aún si tenemos en cuenta la complejidad a la hora de determinar su posible concepto o contenido³³².

El derecho a la libertad se configura como uno de los derechos fundamentales más importantes, por lo que la Constitución, tras proclamarla como valor superior que ha de informar el ordenamiento jurídico, dedica el artículo 17 a proteger el derecho de toda persona a la libertad y a la seguridad, reconociéndose estos derechos como la posibilidad de la persona de determinar libremente su conducta, de actuar, también libremente, de conformidad con dicha determinación sin que esa actuación, siempre que sea lícita, sufra interferencias o impedimentos por parte de terceros y, especialmente, por los poderes públicos³³³, artículo que constituye la clave del arco de la regulación de las libertades públicas y de la seguridad jurídica de los ciudadanos.

Comentarios a la Constitución., dirigidos por GARRIDO FALLA, F. Madrid. 1985, pág.207) la define, desde el punto de vista representado en el artículo 17 que comenta como “*la posibilidad de realizar, mediante decisiones libres, los propios objetivos vitales*”, considerándola como “*una variable que va modificando su contenido a lo largo de la historia y que viene condicionada por el sujeto que la ejerce*”

³³² SORIANO SORIANO, R. (*El derecho de “Habeas Corpus”*, cit., pág. 22) pone de manifiesto las numerosas acepciones del término libertad, así como bibliografía relativa al complejo concepto de libertad. RODRÍGUEZ RAMOS, L. (*La detención*. Madrid. 1987, pág. 13) afirma que el concepto es “*inaprensible por lo que tiene de tendencia hacia lo infinito*”.

A) Diferencia entre libertad y seguridad

El artículo 17.1 CE establece: *“toda persona tiene derecho a la libertad y la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad...”*. Dicho precepto no define que ha de entenderse por libertad o seguridad, dando por sentados sus contenidos o significados; limitándose únicamente a declarar el reconocimiento de estos derechos a toda persona. Pero la CE no utiliza solo el término “libertad” en el artículo 17, sino que lo utiliza también en los artículos 1.1. y 9.2, entre otros, sin que el hecho de que la Constitución cite el término “libertad” en otros preceptos constitucionales pueda llevar al engaño de que su sentido o significado es equiparable.

El empleo de los términos libertad y seguridad en el artículo 17.1 CE suscita la cuestión de si se trata de dos derechos complementarios o de uno solo, así como si la seguridad mencionada se asimila a la seguridad jurídica en el artículo 9.3 CE o al de seguridad ciudadana del artículo 104 CE.

Siguiendo la doctrina constitucional, libertad y seguridad son dos aspectos del mismo derecho consagrado en el artículo 17.1, dirigido a los poderes públicos y a los particulares. Respecto de los primeros para impedir que se dicten normas que generen inseguridad sobre las condiciones de ejercicio de la libertad. Respecto de los particulares, para que se abstengan de limitar la libertad.

El derecho a la seguridad que proclama el citado artículo exige la interdicción de medidas privativas o restrictivas de la libertad sin las

³³³ GARCÍA MORILLO, J., *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional...cit.*, pág. 231.

garantías adecuadas. La libertad garantizada en el artículo 17 no se reduce a mera seguridad personal ni ésta equivale sin más a libertad³³⁴.

También el Tribunal Constitucional distingue entre seguridad personal y seguridad jurídica, atribuyendo a la primera un contenido paralelo a la noción de libertad personal, y a la segunda la naturaleza del principio constitucional para la interpretación de todo derecho fundamental, pero no consagra autónomamente derecho fundamental alguno. En este sentido debe citarse la STC 15/1986³³⁵ que establece : “*La seguridad aludida en el artículo 17.1 CE. comporta o implica la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas tales como la detención u otras similares que, adoptadas arbitraria o ilegalmente, restringen o amenazan la libertad de toda persona (...) El derecho a la seguridad reconocido en el artículo 17.1 es, así, el derecho a la seguridad personal y no a la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9, 3 CE y que equivale a certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados*”³³⁶.

Asimismo identifica el Tribunal Constitucional “la seguridad jurídica” como “una suma de legalidad y certeza del Derecho”³³⁷, atribuyendo la reserva de ley a que somete la Constitución a la regulación de los derechos fundamentales, como único modo efectivo de garantizar

³³⁴ GÁLVEZ MONTÉS, J., *Artículo 17 CE, Seguridad personal. Comentarios a la Constitución Española* (dir. ALZAGA VILLAAMIL, O.), tomo III, Madrid, 1996, pág. 346. Sobre la libertad y seguridad ver GARCÍA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal (Detención, privación y restricción)*. Valencia. 1995. DE HOYOS SANCHO, M., *La detención por delito*, Pamplona, págs. 31 a 68.

³³⁵ STC 15/1986, de 31 de enero (RTC 1986, 15).

³³⁶ En el mismo sentido, AATC 126/1982, de 24 de marzo de 1982; y 305/1982, de 13 de octubre de 1982 (RTC 1982, 126 y 305 Autos), SSTC 122/1987, de 14 de julio de 1987 y 126/1987, de 16 de julio de 1987 (RTC 1987, 122 y 126 Autos); 100/1989, de 5 de junio de 1989 (RTC 1989, 100, Auto) y 167/1990, de 5 de noviembre de 1990 (RTC 1990, 167, Auto).

³³⁷ STC 49/1999, de 5 de abril (RTC 1999, 49) y STC 169/2001, de 16 de julio, FJ 6 (RTC 2001, 169).

las exigencias de seguridad jurídica en el ámbito de los derechos fundamentales y libertades públicas.

También distingue el Tribunal Constitucional entre la seguridad personal y la seguridad ciudadana del artículo 104 CE, que no puede concebirse como la suma de la seguridad personal de todos los ciudadanos, sino que consiste en la seguridad material de personas y bienes de los ciudadanos frente a ataques violentos que los pongan en peligro³³⁸. Y con la seguridad pública, recogida en el artículo 149.1.29ª CE, que comprende los mecanismos dirigidos a la protección de personas y cosas frente a cualquier peligro o amenaza ya proceda de actos humanos o sucesos naturales, como terremotos, epidemias, etc.

En definitiva, el Tribunal Constitucional ha definido qué ha de entenderse por libertad, definición ofrecida desde un punto de vista positivo y en contradicción con lo que debe entenderse por “seguridad”; definiéndose la “seguridad” como *“la ausencia de perturbaciones que restrinjan o amenacen la libertad”*, y la libertad, como *“la facultad de organizar en cualquier momento y lugar la vida individual y social”*, o como *“autodeterminación por la propia voluntad de la persona, de una conducta lícita”*³³⁹.

B) Diferencia entre libertad personal y otras libertades

En principio la anterior definición es clarificadora para determinar qué ha de entenderse por libertad, pero se complica a la hora de determinar su posible contenido, en la medida en que una correcta definición de

³³⁸ STC 325/1994, de 12 de diciembre (RTC 1994, 325).

³³⁹ STC 15/1986, de 31 de enero (RTC 1986, 15). En un sentido similar es definida la libertad por STEDH, de 8 de junio 1976 (Caso Engel y otros).

libertad personal debe excluir las actividades humanas de carácter no físico, puesto que la libertad personal lo es de la persona física, de la persona humana, y sólo puede destinarse a proteger los comportamientos corporales o materiales³⁴⁰, por lo que entendida así la libertad personal, no puede concebirse que en la misma se incluya la libertad moral como extensión de la libertad personal a la libertad no sólo física, sino también espiritual.

Desde un punto de vista negativo, la libertad aparece como la garantía de no injerencia de poderes o fuerzas extrañas al sujeto en el desarrollo de su actividad. Desde el punto de vista positivo se presenta como la posibilidad de realizar determinadas actividades o conductas³⁴¹.

Pero la libertad personal no sólo no debe confundirse con la libertad moral, sino tampoco con otras libertades tales como las de circulación y residencia, libertades que se encuentran íntimamente relacionadas con la misma y que constituyen manifestaciones de aquélla sin que pueda llegar a confundirse, en la medida en que *“mientras la libertad de residencia y circulación no son concebibles sin una relación externa, sin un desplazamiento, la libertad personal se refiere a la persona en sí misma”*³⁴².

La muestra de la relevancia del derecho fundamental a la libertad lo constituye el hecho de que todos los derechos fundamentales son, en última instancia, manifestaciones o proyecciones de la libertad personal, de ahí que la CE en su artículo 10.1 prevea que los derechos inviolables de la

³⁴⁰ En este sentido STC 120/1990, de 27 de junio, (RTC 1990, 120) al afirmar que *“la libertad personal protegida por el artículo 17.1 CE es la libertad física”*. También en STEDH de 8 de junio 1976 (Caso Engel y otros) al afirmar que *“la libertad protegida en el artículo 5 del Convenio, es la libertad física (...) Las palabras libertad y seguridad (...) se refieren a la libertad y seguridad físicas”*.

³⁴¹ SALIDO VALLE, C., *La detención policial*, Barcelona, 1997, pág. 27.

persona y el libre desarrollo de la personalidad sean “el fundamento del orden político y la paz social”, mostrándose así la intención del legislador de imposibilitar la reiteración de las violaciones de este derecho. La libertad personal merece especial atención frente a libertades de otros tipos, por ser su violación difícilmente reparable, motivo por el que debe ser especialmente contemplada por el Derecho. RODRÍGUEZ RAMOS³⁴³ afirma que la libertad en general tiene mucho que ver con la libertad ambulatoria, porque las restantes libertades difícilmente se podrían ejercitar sin esta premisa de la libertad locativa.

En consecuencia, el derecho a la libertad personal no sólo se configura como una protección frente a la máxima categoría posible de privación de libertad integrada por la prisión y la detención, sino que se la considera como *“una potestad o ámbito de autodeterminación y auto-organización que corresponde a las personas y que implica la capacidad de adoptar y ejecutar las propias decisiones...Configurándose como un atributo específico de la persona directamente vinculado a su capacidad de obrar y de actuar, y de no ser encomendado a realizar aquello que no se desea”*³⁴⁴.

Desde un enfoque positivo la libertad personal implica la posibilidad de realizar una actividad determinada y desde una perspectiva negativa es la prohibición de realizar cualquier actividad encaminada a conminar a una persona a realizar aquello que no quiere. La libertad ambulatoria supone la posibilidad de que una persona se dirija al lugar que desee (aspecto positivo) y la prohibición de conducir a alguien contra su voluntad a otro (aspecto negativo).

³⁴² Así lo entiende la STEDH de 14 octubre 1999.(caso “Riera Blume”).

³⁴³ RODRÍGUEZ RAMOS, C. *La detención*, Madrid, 1987, pág. 12.

A la vista de esta argumentación podemos formular una definición de qué ha de entenderse por libertad personal, pudiendo definirse como aquel derecho fundamental constitucionalmente consagrado que permite a la persona disponer de sí misma y determinar su propia voluntad actuando de conformidad con ella sin que nadie pueda impedirlo, salvo en los supuestos en los que la Constitución y las leyes así lo legitimen.

Ante esta configuración de la libertad personal, y en la medida en que son múltiples las formas de restricción o privación de libertad que pueden manifestarse, es por lo que la Constitución establece en el mismo artículo 17 numerosas y diversas garantías de carácter preventivo, como las previstas en el apartado segundo, y la exigencia de que sólo por ley se puedan regular los supuestos de privación de libertad, o garantías de carácter reactivo, como el procedimiento de *Habeas Corpus* frente a las detenciones ilegales.

2. REQUISITOS COMUNES PARA LA RESTRICCIÓN DE LA LIBERTAD PERSONAL

Es la Ley, dentro de los límites que le marcan la Constitución y los Tratados Internacionales, la que regula los presupuestos de la restricción o privación de libertad por imperativo constitucional³⁴⁵.

La detención, junto con la prisión provisional³⁴⁶, suponen las dos más graves intromisiones que puede ejercer el poder estatal en la esfera de

³⁴⁴ GARCÍA MORILLO, J., *Derecho Constitucional...*, cit. (vol. I), pág. 231.

³⁴⁵ El Tribunal Constitucional en sus Sentencias 2/1992, de 13 de enero (RTC 1992, 2); 241/1994, de 20 de julio (RTC 1994, 241); 128/1995, de 26 de julio (RTC 1995, 128); 157/1997, de 29 de septiembre (RTC 1997, 157); 47/2000, de 29 de mayo (RTC 2000,47) y 122/2003, de 16 de junio (RTC 2003, 122), ha determinado que el derecho a la libertad no es un derecho de pura configuración legal.

libertad del individuo sin mediar todavía una sentencia judicial que la justifique, privando absolutamente de su libertad ambulatoria a la persona sometida a alguna de estas medidas³⁴⁷. Ello no es óbice a la existencia, en la práctica policial, de alguna intromisión en la esfera de la libertad personal, como es la retención policial. Ésta consiste en la pura y simple privación de libertad de una persona, generalmente para proceder a su identificación, diligencia que, en no pocas ocasiones, suele prolongarse durante bastantes horas. Este sometimiento a las normas de policía no puede reputarse ilegítimo, del mismo modo que tampoco podría calificarse así el sometimiento del conductor de un vehículo a una prueba de alcoholemia³⁴⁸, siempre que existiera una norma habilitante, según se ha dicho.

La privación de la libertad está sujeta con carácter general a una serie de requisitos para su limitación que se pueden deducir de la Constitución y de la doctrina del Tribunal Constitucional, y que podemos enumerar de la siguiente manera:

³⁴⁶ Las publicaciones sobre la prisión provisional han sido abundantes en los últimos años, justificada por las constantes reformas de dicha medida cautelar, siendo la última y más importante modificación la operada por la LO 13/2003, de reforma de la LECRIM en materia de prisión provisional, que ha supuesto la plasmación de la doctrina que el Tribunal Constitucional en sus resoluciones durante los últimos años, en el sentido de considerarla una medida totalmente excepcional y de aplicación restrictiva (SSTC 47/2000, de 17 de febrero, (RTC 2000, 47); 29/2001, de 29 de enero (RTC 2001, 29); 8/2002, de 14 de enero (RTC 2002, 8); 82/2003, de 5 de mayo, (RTC 2003, 82) y 121/2003, de 16 de junio, (RTC 2003, 121), entre otras muchas).

³⁴⁷ Según manifiesta el Tribunal Constitucional (SSTC 47/2000, de 17 de febrero; 98/2002, de 29 de abril; 82/2003, de 5 de mayo; 121/2003, de 16 de junio y 81/2004, de 5 de mayo) la prisión provisional es concebida como una medida de aplicación excepcional, subsidiaria, provisional y proporcionada a los fines que constitucionalmente la justifican y delimitan.

³⁴⁸ Sobre ello la doctrina fijada en STC 107/1985, de 7 de octubre (RTC 1985,107), a propósito de las pruebas de alcoholemia, donde se dice (FJ3º): *“la comprobación por agentes del orden público de la identidad y estado de los conductores no requiere de las garantías inscritas en el artículo 17.3 CE, dispuestas específicamente en protección del detenido y no de quienquiera que se halle sujeto a las normas de policía de tráfico”*.

A) La reserva de Ley

Conforme a los artículos 17 y 53.1 CE, la privación de libertad sólo podrá verificarse en la forma prevista en la ley, al establecer el artículo 17.1: "*Nadie puede ser privado de su libertad sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley*". De esta forma el precepto constitucional exige la vigencia de un estricto principio de legalidad (ley formal) para la privación de libertad de toda persona. Y es que en el ámbito de los derechos fundamentales el legislador ha de respetar siempre el contenido esencial del derecho (artículo 53.1 CE) que, en todo caso, es de aplicación directa³⁴⁹.

En ese sentido el Tribunal Constitucional en Sentencia 169/2001³⁵⁰, referente a las limitaciones del derecho a la libertad, distintas de la detención, como puede ser la prohibición expresa de salida del territorio nacional sin la autorización judicial, exige la necesidad de previsión legal de la medida limitativa del derecho a la libertad personal. Según la citada STC 169/2001, la reserva de ley desempeña una doble función: de una parte, asegura que los derechos que la Constitución atribuye a los ciudadanos no se vean afectados por ninguna injerencia estatal no autorizada; y de otra, dado que los Jueces se hallan sometidos "al imperio de la ley", constituye el único modo efectivo de garantizar las exigencias

³⁴⁹ PAREJO ALFONSO, L., *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la justicia constitucional*, en Revista Española de Derecho Constitucional num. 3, 1981, págs. 169 y ss.

³⁵⁰ STC 169/2001, de 16 de julio (RTC 2001,169). El Tribunal Constitucional declaró lesionado el derecho a la libertad personal del recurrente en amparo, de nacionalidad argentina, contra el que se seguía un proceso penal en la Audiencia Nacional y contra quien se dictó auto que decretaba la libertad provisional con obligación apud-acta de presentarse ante el Juzgado semanalmente y siempre que fuere llamado, designación de domicilio conocido, entrega del pasaporte y prohibición expresa de salida del territorio nacional sin autorización judicial. En opinión del Tribunal las medidas impuestas son condiciones de la libertad provisional y no

de “seguridad jurídica” en el ámbito de los derechos fundamentales y libertad públicas³⁵¹.

Ello no supone que el Legislador esté facultado para establecer supuestos de privación de libertad que no correspondan a la finalidad de proteger bienes, derechos o valores constitucionalmente reconocidos y tampoco puede establecer supuestos que, por su grado de indeterminación, creen inseguridad o incertidumbre sobre su modo de aplicación efectiva (STC 341/1993)³⁵². Abundando en la garantía de reserva de ley el artículo 81.1 CE establece que las leyes reguladoras de derechos fundamentales deben ser orgánicas (STC 110/1991 y 142/1993)³⁵³.

Por tanto, la legitimidad constitucional de cualquier injerencia del Poder Público en los derechos fundamentales requiere que haya sido autorizada o habilitada por una disposición con rango de ley, y que la norma habilitadora reúna las condiciones mínimas suficientes requeridas por las exigencias de seguridad jurídica.

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre la suficiencia de la ley desde la perspectiva de la seguridad jurídica, estableciendo: “*una norma es previsible cuando está redactada con la suficiente precisión que permite al individuo regular su conducta conforme a ella y predecir las consecuencias de la misma; de modo que la ley debe definir las modalidades y extensión del ejercicio del*

medidas autónomas y su examen se tiene que realizar desde la perspectiva constitucional del artículo 17 CE.

³⁵¹ STC 49/1999, de 5 de abril (RTC 1999, 49) y STC 169/2001, de 16 de julio (RTC 2001, 169).

³⁵² STC 341/1993, de 18 de noviembre (RTC 1993, 341).

³⁵³ STC 110/1991, de 20 de mayo (RTC 1991, 110); STC 142/1993, de 22 de abril (RTC 1993, 142).

poder otorgado con la claridad suficiente para aportar al individuo una protección adecuada contra la arbitrariedad”³⁵⁴.

B) Sometimiento a la jurisdicción

La ejecución de los límites o restricciones a la libertad corresponde exclusivamente a la jurisdicción ordinaria. El artículo 25.3 C.E. establece: “*La administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad*”. El Poder Judicial no se debe limitar a controlar *a posteriori* las limitaciones que puedan efectuar los agentes del poder ejecutivo, sino que sólo el Poder Judicial puede limitar el libre ejercicio de este derecho, pero la amplitud de restricciones y limitaciones que cabe efectuar permiten sostener que pueden estar legitimados para adoptar medidas restrictivas de la libertad los particulares, los funcionarios y las Autoridades y el Poder Judicial, pero, en todo caso, corresponde a este último el control inmediato; y también le corresponde la facultad ordinaria en la adopción de tales medidas, actuando el resto de sujetos a prevención o por razones de urgencia³⁵⁵.

³⁵⁴ STEDH de 2 de agosto de 1984, “caso Malone”; de 24 de abril de 1990, “caso Kruslin y Huvig”; de 30 de julio de 1998, “caso Valenzuela”; de 20 de mayo de 1999, “caso Rekveny”; de 25 de noviembre de 1999, “caso Hashman y Harrup”; de 16 de febrero de 2000, “caso Amann”; de 4 de mayo de 2000, “caso Rotaru”. Todas ellas recogidas en STC 169/2001, de 16 de julio, FJ 9 (RTC 2001, 169).

³⁵⁵ Interesa sobre el tema: LAMARCA, C., *Legalidad penal y reserva de leyes en la Constitución Española*, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 20, 1987. HUERTA TOCILDO, S., *El derecho fundamental a la legalidad penal*, Revista Española de Derecho Constitucional, núm. 39, 1993. NIETO, A., *Derecho Administrativo sancionador*, Madrid, 1994.

C) Principio de proporcionalidad

Las restricciones a la libertad han de respetar el principio básico de proporcionalidad³⁵⁶. La limitación impuesta por los poderes públicos a un derecho fundamental resultará proporcionada si, siendo apta y necesaria para garantizar el bien o valor constitucional en conflicto, produce las consecuencias menos perjudiciales y se encuentra en relación razonable con la importancia del interés general que se trata de salvaguardar.

Dicho principio se constituye en un límite al legislador y también en un criterio de aplicación de la norma, de forma que la Autoridad o funcionario que aplique la medida restrictiva y la Autoridad judicial que la controle debe velar porque en el caso concreto y a la vista de las circunstancias concretas la medida adoptada sea proporcionada. En ese sentido, la STC 178/1985³⁵⁷ establece: *“El artículo 17.1 no concibe la libertad como un derecho absoluto y no susceptible de restricciones(...)la excepcionalidad de la restricción o privación exige una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esa libertad, de modo que se excluyan, aún previstas en la ley, restricciones de libertad que, no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación”*.

El principio de proporcionalidad se ha convertido en el pilar principal en que se apoya la regulación de las medidas privativas de libertad en todo Estado de Derecho puesto que este principio es un criterio esencial para determinar el grado de admisibilidad constitucional de todas

³⁵⁶ Sobre la proporcionalidad, ver DE HOYOS SANCHO, M., *La detención por delito*, cit., pág. 70.

³⁵⁷ STC 178/1985, de 19 de diciembre (RTC 1985, 178).

las decisiones, actos y normas³⁵⁸. Así, el Tribunal Constitucional³⁵⁹ ha establecido que la estructura del juicio de proporcionalidad “*pasa por los criterios de adecuación de la medida, indispensabilidad de la misma y proporcionalidad en sentido estricto*”³⁶⁰.

En definitiva, la proporcionalidad supone la necesidad de realizar un adecuado juicio de ponderación entre las gravosas consecuencias que puede general para una persona la adopción de la medida privativa de libertad, en atención a sus concretas circunstancias y los fines que puede cumplir para el resultado del proceso.

D) Motivación de las resoluciones

La motivación de las resoluciones judiciales se integra en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE)³⁶¹, y así lo viene

³⁵⁸ La última reforma de la prisión provisional por LO 13/2003, de 24 de octubre, ha asumido la doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 207/1996, de 16 de febrero y 169/2001, de 16 de julio) que afirma: “*la exigencia constitucional de proporcionalidad de las medidas limitativas de derechos fundamentales requiere, además de la previsibilidad legal, que sea una medida idónea, necesaria y proporcionada en relación con un fin constitucionalmente legítimo*”.

³⁵⁹ La STC 66/1999, de 26 de abril (RTC 1999, 66), señala que para analizar la admisibilidad jurídica de una determinada decisión, debe atenderse al “*dato de si la ponderación entre fines a alcanzar(...), el medio empleado(...) y el derecho afectado(...) resultó o no efectivamente proporcionada*”.

³⁶⁰ La STC 169/2001, de 16 de julio (RTC 2001, 169) expresa: “*que mediante la medida adoptada sea posible alcanzar el objetivo pretendido –idoneidad-; que no exista una medida menos gravosa o lesiva para la consecución del objeto propuesto –necesidad-; y que el sacrificio del derecho reporte más beneficios en el interés general que desventajas o perjuicios en otros bienes o derechos atendidos la gravedad de la injerencia y las circunstancias personales de quien la sufre –proporcionalidad estricta-*”. En el mismo sentido, STC 7/2004, de 9 de febrero (RTC 2004, 7).

³⁶¹ Entre la bibliografía sobre tutela judicial, debido a que es un derecho fundamentalmente de creación jurisprudencial debemos destacar: RUBIO LLORENTE, F., *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Barcelona, 1995, págs. 261 a 383. DÍEZ -PICAZO, I., *Artículo 24. Garantías procesales*, en *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, (dir. ALZAGA, O.), Madrid, 1996, Vol. III, 2ª edición. GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid. 1989.

reconociendo reiteradamente la doctrina del Tribunal Constitucional³⁶². En conjunto, el ámbito del derecho a la tutela judicial es: el derecho de acceso a la tutela judicial, el de conseguir una resolución fundada en derecho debidamente motivada³⁶³ y el derecho a obtener la ejecución de la sentencia³⁶⁴. Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional que el derecho a la tutela judicial “*exige siempre, desde luego, y sin perjuicio de los específicos requerimientos que imponen cada una de sus distintas facetas o vertientes, que las resoluciones judiciales sean motivadas y fundadas en Derecho, sin incurrir en irrazonabilidad, arbitrariedad o error patente*”³⁶⁵. La motivación de las resoluciones se puede incardinar, de manera más concreta, dentro de las garantías procesales recogidas en el apartado 2º del artículo 24 CE, “*derecho a un proceso con todas las garantías*”³⁶⁶.

Existen diversos supuestos en los que se exige un específico y reforzado deber de motivación. Así sucede en los casos en que la resolución judicial decide sobre una materia conectada con otros derechos fundamentales o libertades públicas o incide de alguna manera en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico³⁶⁷. El deber de fundamentación de estas resoluciones judiciales que limiten el derecho a la

³⁶² STC 214/1999, de 29 de noviembre (RTC 1999, 214); STC 25/2000, de 31 de enero (RTC 2000, 25) y STC 82/2002, de 22 de abril (RTC 2002, 82).

³⁶³ El derecho a obtener una resolución fundada en Derecho implica que en la adopción de la misma se proceda a la aplicación de las normas pertinentes y no las derogadas, inconstitucionales o inaplicables por razón de distribución territorial de competencias (SSTC 18/1981, de 8 de junio (RTC 1981,18); 41/2986, de 2 de abril (RTC 1986, 41); y 1/1987, de 14 de enero (RTC 1987,1).

³⁶⁴ STC 102/1984, de 12 de noviembre, FJ. 2º (RTC 1984, 102).

³⁶⁵ STC 5/2002, de 14 de enero (RTC 2002, 5) y STC 163/2002, de 16 de septiembre (RTC 2002, 163).

³⁶⁶ STC 98/1990, de 24 de mayo (RTC 1990, 98) y STC 64/1994, de 28 de febrero (RTC 1994, 64).

³⁶⁷ STC 116/1998, de 2 de junio (RTC 1998, 116); STC 5/2002, de 14 de enero (RTC 2002, 5) y STC 163/2002, de 16 de septiembre (RTC 2002, 163).

libertad requieren la ponderación de las circunstancias individuales del privado de libertad, así como de los valores y bienes jurídicos comprometidos en la decisión³⁶⁸; y en el supuesto de que se alegue la vulneración de la tutela judicial efectiva, por falta de motivación de una resolución que limita la libertad, no procede abordar el estudio de la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, siendo prioritario la restricción de la libertad personal, porque *“el canon de la conformidad constitucional de la motivación de las decisiones judiciales, que habilitan la restricción de derechos fundamentales es más estricto que el canon de motivación exigido como garantía inherente al derecho a la tutela judicial efectiva”*³⁶⁹.

En definitiva, la motivación de la resolución que limite el derecho a la libertad es una garantía esencial para la protección y desarrollo del derecho fundamental³⁷⁰.

E) Principio de “favor libertatis”

El Tribunal Constitucional establece que el principio *favor libertatis* o *in dubio pro libertate* debe regir la adopción y el mantenimiento de las medidas restrictivas de libertad. Esta formulación viene a significar que la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de la detención y

³⁶⁸ STC 25/2000, de 31 de enero (RTC 2000, 25); STC 264/2000, de 13 de noviembre (RTC 2000, 264) y STC 8/2001, de 15 de enero (RTC 2001, 8).

³⁶⁹ STC 128/1995, de 26 de julio, FJ 4 (RTC 1995, 128); STC 14/2000, de 17 de enero, FJ 3 (RTC 2000, 14); STC 169/2001, de 16 de julio, FJ 9 (RTC 2001, 169).

³⁷⁰ STC 288/2000, de 27 de noviembre (RTC 2000, 288) y STC 61/2003, de 24 de marzo (RTC 2003, 61), que señala: *“Estando en juego el derecho de libertad, la eventual ausencia de una motivación suficiente y razonable de la decisión no supondrá sólo un problema de falta de tutela judicial, propio del ámbito del artículo 24.1 CE, sino prioritariamente una cuestión que afecta al derecho a la libertad personal, en cuanto que la suficiencia o razonabilidad de una resolución judicial relativa a la garantía constitucional del procedimiento de “Habeas Corpus”, prevista en el artículo 17.4 CE, forma parte de la propia garantía”*.

prisión provisional debe hacerse con carácter restrictivo y a favor del derecho fundamental a la libertad que tales normas restringen³⁷¹.

La doctrina del Tribunal Constitucional ha establecido que las normas reguladoras de los derechos fundamentales tienen una fuerza expansiva lo que obliga a una interpretación restrictiva de sus límites para favorecer la plena y más completa eficacia de los derechos fundamentales³⁷².

Los límites de los derechos fundamentales han de ser interpretados con criterios restrictivos y en el sentido más favorable a la eficacia y a la esencia de tales derechos, y como no podía ser menos, respecto al derecho a la libertad³⁷³.

IV. MARCO CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD

Como hemos señalado, la Constitución Española propugna la libertad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (artículo 1.1) y establece que dicho ordenamiento vincula a todos los ciudadanos y a los poderes públicos (artículo 9.1.); además la interpretación de los derechos fundamentales y libertades que reconoce la Constitución se harán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales (artículo

³⁷¹ Así la Exposición de Motivos de la LO 13/2003, de 24 de octubre, que reforma la prisión provisional, declara que *“la excepcionalidad de la prisión provisional significa que en nuestro ordenamiento jurídico la regla general ha de ser la libertad del imputado o acusado durante la pendencia del proceso penal, y consecuentemente, que la privación de libertad ha de ser la excepción”*.

³⁷² STC 214/1991, de 11 de noviembre (RTC 1991, 214); STC 190/1992, de 16 de noviembre (RTC 1992, 190).

³⁷³ STC 254/1988, de 21 de diciembre, FJ 8(RTC 1988,254); STC 305/2000, de 11 de diciembre (RTC 2000, 305); STC 29/2001, de 29 de enero (RTC 2001, 29) y 121/2003, de 16 de junio (RTC 2003, 121).

10.2). Pero es el artículo 17 CE el precepto que reconoce, protege y delimita el derecho fundamental a la libertad personal y prevé los supuestos constitucionalmente admisibles de privación de la misma en cuatro apartados cuya complejidad muestra la importancia del derecho fundamental que protege.

El artículo 17 reconoce el derecho a la libertad y seguridad de toda persona. Ambos aspectos del derecho fundamental deben tener el mismo significado, pudiendo distinguir dos aspectos del mismo, uno positivo, la libertad, y otro de protección, el de seguridad³⁷⁴.

Del conjunto de apartados en que se divide el artículo 17 pueden extraerse dos bloques conceptuales distintos; uno de carácter genérico, y otro, de carácter específico. El genérico viene integrado por el primer apartado del artículo 17 CE, puesto que reconoce, de manera genérica, el derecho a la libertad y a la seguridad, así como la remisión a la ley como única norma susceptible de prever las distintas causas de privación de libertad. Por el contrario, el resto de apartados en que se divide el artículo 17 tienen carácter específico, puesto que todas las garantías preventivas y reactivas recogidas mantienen como única finalidad la de garantizar la libertad personal frente a la detención policial o judicial y la prisión preventiva por la presunta comisión de un delito. Asimismo podemos hablar de dos perspectivas a la hora de configurar el contenido y alcance constitucional del derecho consagrado en el artículo 17. En primer lugar, la delimitación desde el punto de vista positivo del contenido que ha de atribuirse a la expresión derecho a la libertad y seguridad. En segundo

³⁷⁴ SERRANO ALBERCA, J.M., *Comentarios a la Constitución Española* (dir.: GARRIDO FALLA, F.), Madrid, 1980, pág. 209.

lugar, la eficacia respecto del mismo en su aspecto negativo al establecer las posibles limitaciones a su ejercicio.

El artículo 17. 1 establece :*“Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma prevista en la ley.”* La libertad y la seguridad se reconocen y se configuran como un derecho de los recogidos en la Sección Primera del Capítulo II del Título I de la Constitución Española, reiterándose lo dispuesto en el artículo 5.1 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y en el artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

El principal efecto del artículo 17.1 CE es el de establecer reserva de ley para regular los casos y las formas en que cabe la privación de libertad, reserva de ley que, como hemos apuntado, trata de asegurar que solo el legislador pueda establecer las causas de la privación de libertad³⁷⁵.

Además, esta reserva de ley tiene una garantía específica al tener que ser ley Orgánica la que regule el desarrollo de los derechos fundamentales (artículo 81.1 CE). Junto a ello, el sistema de garantías reguladas en el artículo 17, por la ubicación en que se encuentra dentro del Título I de la Constitución, supone un procedimiento agravado para cualquier reforma constitucional que afecte al derecho fundamental del artículo 17 CE³⁷⁶.

El artículo 17. 1 recoge un derecho de configuración legal respecto de las condiciones de su ejercicio, y de las causas de su limitación, pues el citado artículo no incorpora presupuestos propios de limitación del

³⁷⁵ El artículo 53.1 C.E. establece: *“Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades”*.

derecho, sino que se remite a “los casos y en la forma prevista en la ley”, es decir a la legislación de desarrollo.

Por lo tanto, las previsiones positivas previstas en este primer apartado se reconducen al principio de legalidad. Las causas de privación de libertad son tasadas y éstas han de estar recogidas en una norma con rango de ley, y más aún, con rango de ley orgánica, por tratarse de un derecho fundamental. La doctrina del Tribunal Constitucional recoge este requisito en STC 140/1986 y STC 241/1994³⁷⁷, al recalcar la necesidad de “interpretar restrictivamente cualquier excepción a la regla general de la libertad”³⁷⁸. La consagración constitucional del derecho a la libertad y seguridad implica la necesidad de cumplir, para privar de libertad a alguien, el principio de legalidad punitivo, y el principio de legalidad procesal, es decir, que sólo cabe la privación de libertad cuando la conducta de la persona está previamente recogida en una ley como causa de esta privación, y que la privación de libertad sólo es constitucionalmente admisible si se sigue, para llevarla a cabo, el procedimiento legalmente establecido³⁷⁹.

El principio de legalidad regulado en el primer apartado del artículo 17, tiene su reflejo en el artículo 489 LECRIM, dentro del proceso penal, según el cual “ningún español ni extranjero podrá ser detenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriben”.

³⁷⁶ El artículo 168 C.E. exige para la reforma que afecte al Título I o Título II de la Constitución la aprobación por mayoría de dos tercios del Congreso y del Senado.

³⁷⁷ STC 140/1986, de 11 de noviembre (RTC 1986, 140) y STC 241/1994, de 20 de julio (RTC 1994, 241).

³⁷⁸ En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en STEDH de 29 de febrero de 1988 (caso Bonamar), diciendo que “las causas de privación de libertad no pueden ser otras que las previstas en el artículo 5.1 CEDH”

³⁷⁹ STC 133/1987, de 4 de febrero (RTC 1987, 133), STC 160/1986, de 16 de diciembre (RTC 1986, 160) y STC 121/2003, de 16 de junio (RTC 2003, 121).

Otra garantía prevista en la Constitución para proteger el derecho a la libertad, se refiere a la tutela del mismo que podrá recabarse de los Tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad, y, en su caso, mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional³⁸⁰.

El artículo 17.2 C.E. establece: “*La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y , en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial*”. La determinación del plazo máximo de la detención preventiva supone una garantía específica y concreta, que, en ningún caso, podrá superarse, y tras el cual el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición judicial, asegurándose así un límite máximo de permanencia bajo custodia policial. Esta limitación temporal impuesta se refiere tanto a los poderes públicos en general como a los particulares (STC 341/1993)³⁸¹.

La detención preventiva está constitucionalmente caracterizada, entre otras notas, por su limitación temporal, lo que implica que ha de estar inspirada por el criterio del lapso temporal más breve posible³⁸².

El Tribunal Constitucional subraya que el principio de limitación temporal, que caracteriza a todas las privaciones de libertad, viene impuesto por la Constitución con mayor intensidad cuando se trata de

³⁸⁰ Artículos 53.1 y 161.1 b C.E. y Ley 62/1978 de 26 de diciembre de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales y Ley Orgánica 2/1979 del Tribunal Constitucional.

³⁸¹ STC 341/1993, de 18 de noviembre (RTC 1993, 341). La doctrina constitucional relativa a la prolongación indebida de la detención preventiva como vulneradora de la garantía constitucional del artículo 17.2 CE viene sintetizada en las SSTC 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 3 (RTC 2000, 288) y 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 3 (RTC 2002, 224).

detenciones preventivas, porque el artículo 17.2 CE no se remite a la ley para que ésta determine los plazos legales, sino que ella misma se ocupa de establecerlos imperativamente³⁸³. El sometimiento de la detención a plazos persigue la finalidad de ofrecer una mayor seguridad de los afectados por la medida, evitando así que existan privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada³⁸⁴.

A pesar de este límite máximo, el plazo máximo constitucionalmente previsto no es, en realidad, de setenta y dos horas, pues la Constitución aclara que la detención no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para el esclarecimiento de los hechos, y éste es, el plazo máximo de la detención, aunque resulte indeterminado. Así la doctrina del Tribunal Constitucional establece: “*si las averiguaciones concluyeren, antes de cumplirse este plazo máximo de setenta y dos horas, se deberá poner en libertad o a disposición judicial*” (STC 224/1998)³⁸⁵. De esta manera, el plazo máximo de la detención queda determinado por el tiempo preciso para esclarecer los hechos, y las setenta y dos horas, como límite infranqueable aún cuando no se haya producido tal esclarecimiento; sin perjuicio de que se amplíe en el supuesto de delitos cometidos por elementos terroristas y bandas armadas³⁸⁶. Con todo ello, el plazo de detención será objeto de especial atención en otro capítulo posterior.

El artículo 17.3 C.E. establece: “*Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus*

³⁸² STC 31/1996, de 27 de febrero (RTC 1996, 31); STC 174/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999, 174) y STC 179/2000, de 26 de junio (RTC 2000, 179).

³⁸³ STC 21/1997, de 10 de febrero, FJ 4 (RTC 1997, 21) y STC 23/2004, de 23 de febrero, FJ 2 (RTC 2004, 23).

³⁸⁴ STC 341/1993, de 18 de noviembre (RTC 1993, 341); STC 179/2000, de 26 de junio (RTC 2000, 179).

³⁸⁵ STC 224/1998, de 24 de noviembre (RTC 1998, 224).

derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligado a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca". Se trata de regular las demás garantías que asisten al detenido tendentes a salvaguardar las condiciones de la detención y enfocadas a que la situación de desamparo que provoca toda privación de libertad no repercuta en indefensión del detenido. El tenor del artículo 17.3 confirma en el ámbito de la detención una "tabla de derechos" del detenido de carácter general (aunque obviamente no excluye la posibilidad de que su desarrollo legal adicione otros derechos), y que constituyen instrumentos imprescindibles de su salvaguarda.

Por su parte, el artículo 520 LECRIM (redactado conforme a la LO 14/1983, de 12 de diciembre) redanda en el esquema constitucional, estableciendo junto al plazo insalvable de setenta y dos horas para la puesta en libertad o a disposición judicial del detenido, que la detención habrá de practicarse en el modo que menos perjudique el detenido y que la información sobre los motivos de la detención debe realizarse en los términos previstos por el artículo 520.2 LECRIM³⁸⁷, lo que supone no sólo informar de las razones de la detención, sino también de los hechos que se le imputan, por lo que no es suficiente indicar la base legal de la detención, sino que se hace necesario añadir también la base fáctica de la misma para que, en su caso, se pueda debatir la legalidad de la detención ante un Tribunal, información que se ha de suministrar en el momento mismo de

³⁸⁶ Conforme a lo dispuesto en la L.O. 4/1988 de 25 de mayo, al amparo de lo establecido en el artículo 55.2 CE.

³⁸⁷ El artículo 520.2 LECRIM establece: "*toda persona detenida o presa será informada, de modo que le sea comprensible, y de forma inmediata, de los delitos que se le imputan y de las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten y, especialmente (...)*". Enumerándose a continuación estos concretos derechos.

procederse a la detención y de manera que sea comprensible para el detenido, aunque sin exigirse formalismo alguno en la forma de suministrarla. De la misma manera, se exige que el detenido sea informado, también de forma inmediata y de modo que le resulte comprensible, de sus derechos y, concretamente, del derecho de guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, a designar Abogado y solicitar su presencia, a ser asistido, en su caso, por intérprete, y a ser reconocido por un médico³⁸⁸. La garantía central de la detención la constituye, sin duda, el derecho a la asistencia letrada reconocido expresamente en el artículo 17.3 CE a diferencia de lo que ocurre con el resto de estos derechos del detenido que no se recogen expresamente por la Constitución, asistencia letrada que ha de ser facilitada tanto en las diligencias policiales, como en las judiciales, y en los términos que la ley establezca. Este derecho, que tiene carácter autónomo y distinto a la asistencia letrada del artículo 24.2 CE, tiene por objeto asegurar que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración, y que tenga el debido asesoramiento técnico sobre la conducta que deben mantener en los interrogatorios, así como sobre su derecho de comprobación de la finalidad de lo suscrito en el acta de declaración. Del desarrollo de estas garantías se tratará “ut supra” en el correspondiente capítulo.

³⁸⁸ La información sobre el hecho de la detención, las causas y los derechos han de facilitarse al individuo de forma reservada. Ha de evitarse el público reconocimiento de quien no ha sido declarado culpable, siempre que las circunstancias de la detención lo permitan, para atenuar los efectos de la desvaloración social que toda detención supone. La reserva en el momento de la práctica de la detención no quiere decir que la misma sea secreta. Antes al contrario, es necesario comunicar a quien el detenido indique, el hecho de la detención y el lugar donde transcurre. Si se trata de un extranjero con nacionalidad conocida a tenor de sus documentos de identidad, se comunicará a la representación consular de su país.

Por último, el artículo 17.4 CE establece: “*La ley regulará un procedimiento de Habeas Corpus para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional*”³⁸⁹. Con ello se establece una garantía judicial de la pertinencia de la privación de libertad y de las condiciones de la misma, exigiendo que la ley regule el plazo máximo de duración de la prisión preventiva, y un procedimiento de control judicial de la legalidad de la detención, articulándose de esta forma una garantía judicial reactiva frente a las detenciones ilegales que recibe la denominación de *Habeas Corpus* y que permitirá a cualquier persona privada de libertad solicitar la intervención del Juez para que verifique la legalidad de su privación de libertad o las condiciones en que ésta tiene lugar.

La doctrina constitucional³⁹⁰ establece: “*el derecho a la libertad posee como garantía específica la existencia de ese procedimiento de “Habeas Corpus”, con ello la Constitución ha querido que el control judicial de las privaciones de libertad haya de ser plenamente efectivo, pues de lo contrario la actividad judicial no sería un verdadero control, sino un mero expediente ritual, lo que a su vez implicaría un menoscabo en la eficacia de los derechos fundamentales*”³⁹¹.

El efecto del *Habeas Corpus* es la puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente, entendiéndose que han sido ilegalmente detenidas las personas que lo hayan sido sin que concurren los supuestos

³⁸⁹ La LO 6/1984, de 24 de mayo, regula el derecho de *Habeas Corpus*.

³⁹⁰ Las SSTC 208/2000 y 209/2000, de 24 de julio (RTC 2000, 208 y 209); 233/2000, de 2 de octubre (RTC 2000, 233) y 288/2000, de 27 de noviembre (RTC 2000, 288) recogen la doctrina general al respecto.

³⁹¹ STC 232/1999, de 13 de diciembre, FJ 3 (RTC 1999, 232); STC 23/2004, de 23 de febrero, FJ 5 (RTC 2004, 23).

legales o sin que se cumplan las formalidades o requisitos exigidos por las leyes y a los que no se les respeten los derechos que la Constitución y las leyes reconocen a los detenidos³⁹². También se tratará más detenidamente el *Habeas Corpus* en el siguiente capítulo.

V. PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL DERECHO A LA LIBERTAD DE LOS EXTRANJEROS

El Estado debe respetar los derechos humanos del individuo nacional o extranjero sobre la base de la ratificación hecha por España de los siguientes tratados: Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950, modificado por el Protocolo de Estrasburgo, de 11 de mayo de 1994, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 17 de diciembre de 1966 (ratificado el 13 de abril de 1977), Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas de 1966, ratificado por España el 13 de abril de 1977, y Convenio contra la tortura y penas crueles e inhumanas, firmado en Nueva York en 1984, entre otros muchos tratados.

De estas normas se desprenden tres derechos fundamentales: 1.º La inviolabilidad de la persona, manifestada en el derecho a la vida y a la integridad física y moral, y el derecho a no ser sometido a torturas ni tratos denigrantes e inhumanos; 2.º La no discriminación de la persona por razón de nacimiento, raza, sexo, color, idioma, religión, posición económica o

³⁹² Sobre el *Habeas Corpus*, ver: GIMENO SENDRA, V., *El proceso de "Habeas Corpus"*. Madrid. 1985. SORIANO, R., *El derecho de "Habeas Corpus"*, cit, págs. 11 y 12.

cualquier otra circunstancia; 3.º La seguridad de la persona, sin que nadie pueda ser arbitrariamente detenido, teniendo derecho al recurso ante las autoridades judiciales.

Dentro del marco del Estado de Derecho la garantía y regulación de los derechos fundamentales y libertades públicas cuentan con una capital importancia y es consecuencia de su proclamación en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Organización de Naciones Unidas: No hay Estado Social y Democrático de Derecho si el ordenamiento jurídico no incorpora como derechos fundamentales las demandas sociales más importantes.

Esa Declaración de Derechos Humanos se podría definir³⁹³ como la expresión de la conciencia jurídica de la humanidad, y por consiguiente, como fuente de un derecho superior. Un paso para conseguir que esa Declaración pueda tener eficacia ha sido la expresa adhesión formal a ella y a los tratados y convenios internacionales, que se inspiran en sus enunciados y conforman un sistema general de derechos humanos.

Existe, por tanto, un “estándar mínimo internacional” integrado por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, pero también existe una tendencia internacional hacia la ampliación de los derechos civiles y políticos, recogidos en los tratados internacionales, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales. Estos tratados admiten, sin embargo, limitaciones de ciertos derechos, e, incluso, privaciones por razón de la nacionalidad. Vamos a examinar la protección del derecho a la libertad en los diversos tratados internacionales, y su

³⁹³ TRUYOL y SERRA, *Los derechos humanos*, Madrid, Tecnos, 1984, pág. 31.

reconocimiento a los extranjeros, esto es, a los que carecen de la nacionalidad.

1. LOS TRATADOS INTERNACIONALES

Como marco necesario para el análisis del derecho a la libertad personal y sus limitaciones hay que hacer referencia a los convenios internacionales ratificados por España, que constituyen una referencia interpretativa obligada (artículo 10.6 CE).

Los tratados internacionales válidamente celebrados en España, una vez han sido publicados oficialmente, forman parte de nuestro ordenamiento jurídico interno, según dispone el artículo 96.1 CE.

El artículo 1 del Código Civil dedica su apartado 5º a los tratados internacionales, afirmando que sus normas no serán de aplicación hasta que no hayan pasado a formar parte del ordenamiento jurídico interno mediante su publicación íntegra en el Boletín Oficial del Estado.

De los artículos 96.1 CE y 1.5 Código Civil se deduce que el contenido normativo de los tratados internacionales suscritos por España y oficialmente publicados forman parte del ordenamiento jurídico interno, y además vinculan a todos los poderes públicos (artículo 9.1 CE) y en mayor grado aquéllos que afecten a los derechos que son objeto de nuestro interés, encuadrados en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I CE, por así disponerlo el artículo 53.1 CE.

Los tratados internacionales no pueden contener normas que contradigan la Constitución Española, al exigir el artículo 95.1 de la misma la revisión constitucional previa a la celebración de un tratado que contenga estipulaciones contrarias a ella. La relación entre leyes internas y

tratados internacionales vienen reguladas en el artículo 94.1, CE, que requiere la previa autorización de las Cortes Generales cuando el tratado o convenio suponga la modificación o derogación de alguna ley o exija medidas legislativas para su ejecución. Por tanto, cuando exista una contradicción entre el contenido de un tratado y una disposición interna con rango de ley, la segunda debe subordinarse al primero, quedando derogada o modificándose.

El artículo 10.2 se remite a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España como fuentes de interpretación en materia de derechos fundamentales y libertades públicas. Existe una aparente contradicción entre los artículos 10.2 y 96.1 CE ya que la referencia hecha en el primero de ellos a la interpretación de conformidad con lo establecido en los tratados internacionales, pugna con la primera consideración de los mismos tratados como parte del ordenamiento jurídico interno, en cuyo caso serían obviamente invocables de forma directa y exclusivamente como fuentes interpretativas de las normas relativas a dichos derechos y libertades³⁹⁴.

Por otra parte se ha afirmado que el citado artículo abre las puertas a que los valores del hombre que vayan siendo consagrados por los tratados internacionales sirvan de criterios interpretativos de las normas relativas a derechos fundamentales y libertades³⁹⁵.

Se ha mantenido que el artículo 10.2 CE viene a reconocer un “estándar mínimo” en cuanto a tales derechos y libertades se refiere, pero tal “estándar” sería susceptible de verse incrementado por la legislación y

³⁹⁴ En este sentido, se apunta por GARRIDO FALLA, F., en *Comentarios a la Constitución...*, cit., pág. 142

³⁹⁵ ALZAGA VILLAAMIL, O., *Comentario sistemático de la Constitución de 1978*, Madrid, 1978, pág. 157.

jurisprudencia internas³⁹⁶. Precisamente un presupuesto básico para la protección de los derechos fundamentales, tan enfáticamente recogidos en los tratados internacionales y en los textos constitucionales, lo constituye su desarrollo singular y concreto en las legislaciones internas, imponiendo deberes a los poderes públicos y facilitando su amparo ante los órganos jurisdiccionales.

Resulta interesante la declaración del Tribunal Constitucional 1/2004, de 13 de diciembre de 2004³⁹⁷. El valor interpretativo que otorga el Tribunal Constitucional a la Carta, siguiendo el artículo 10.2 CE, no causa en nuestro ordenamiento mayores dificultades que las que ya origina en la actualidad el Convenio de Roma de 1950, más aún cuando el artículo I-9,2 determina: *“La Unión se adherirá al Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales”*, y establece en su artículo II-113 que ninguna de las disposiciones de la Carta *“podrá interpretarse como limitativa o lesiva de los derechos humanos y libertades fundamentales reconocidos, en su respectivo ámbito de aplicación, por el Derecho de la Unión, el Derecho Internacional y los convenios internacionales de los que son parte la Unión o todos los Estados miembros y en particular el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, así como por las Constituciones de los Estados miembros”*.

³⁹⁶ LINDE PANIAGUA, E., *Protección de los Derechos Fundamentales y de las Libertades Públicas...*, cit., pág. 502.

³⁹⁷ Tal declaración se efectuó ante la petición que efectuó el Gobierno al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución Española y el artículo I-6 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, así como a la vista de lo establecido en el artículo 10.2 CE, sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución española y los artículos II-111 y 112, del referido Tratado, que forman parte de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

A continuación mencionamos las normas a las que se remite el artículo 10.2 CE y que se refieren a la protección de la libertad y los supuestos en los que resulte autorizada la privación provisional de la misma, así como su reconocimiento a los extranjeros.

A) La Declaración Universal de los Derechos del Hombre

La Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948, específicamente citada en el artículo 10.2 CE, reconoce la libertad de todos los seres humanos (artículo 1), así como que todas las personas tienen todos los derechos y libertades proclamados en la Declaración sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición (artículo 2). La libertad y seguridad personales se recogen en el artículo 3 que establece: *“Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona”*; y la prohibición de las detenciones arbitrarias en el artículo 9 al decir *“Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado”*.

La formulación de los derechos expuestos es amplia, de forma que permitan la concreción por el ordenamiento jurídico interno de cada país que ratifique la Declaración.

También nos interesa su reconocimiento a los extranjeros. Históricamente los derechos fundamentales han venido siendo considerados como “derechos del hombre”, pero igualmente debe destacarse que los conceptos de “nacionalidad” o “ciudadanía” también han sido un requisito necesario para el goce y el ejercicio de los derechos

fundamentales. La ciudadanía es dentro del Estado una garantía de igualdad, pero al mismo tiempo constituye, por el contrario, una fuente de discriminación frente a los extranjeros, de modo que el ciudadano ostenta en la comunidad a la que pertenece un *status* de privilegio frente al extranjero, y así se demuestra en nuestra Constitución, artículo 13.1, que condiciona el disfrute por los extranjeros de las libertades públicas del Título I, a los términos que establezcan los tratados y la ley.

Aunque los tratados internacionales reconocen a cualquier persona, por el mero hecho de serlo, una serie de derechos y libertades, no siempre la ley respeta esos derechos sino que, por el contrario, marca notables diferencias entre unos y otros creando situaciones discriminatorias.

Al respecto, la Declaración Universal de Derechos Humanos recoge en su artículo 7 el derecho de todo ser humano a la igualdad ante la ley y a no ser objeto de discriminación; y en el artículo 13 se garantiza el derecho a circular libremente y a elegir residencia en el territorio de un Estado, a salir y a regresar a su país.

B) El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

Entre los tratados internacionales, protectores de derechos para cualquier persona con independencia de su origen, condición o nacionalidad, se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Nueva York de 16 de diciembre de 1966, y en la misma fecha y lugar el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificados todos por España el 27 de abril de 1977.

En el citado Pacto de Derechos Civiles y Políticos se reconoce con carácter general el derecho a la libertad y seguridad personales, prohibiéndose cualquier tipo de detención arbitraria y formulándose el principio de legalidad de la detención (artículo 9.1)³⁹⁸. A continuación se establecen los derechos del detenido a ser informado de las razones de su detención (artículo 9.2), a ser conducido sin demora ante la autoridad judicial, a ser juzgado en un plazo razonable o a ser puesto en libertad, así como el carácter excepcional de la prisión preventiva (artículo 9.3), a la revisión por un Tribunal de la legalidad de la detención a la que ha sido sometido (artículo 9.4) y a obtener una reparación en caso de haber sido detenido ilegalmente.

C) El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales

El Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950³⁹⁹, se suscribió como sistema para realizar una unión más estrecha entre los miembros del Consejo de Europa al considerar que uno de los medios para lograr esta finalidad es la protección y el desarrollo de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, siendo éstas las bases mismas de la justicia y de la paz en el mundo. Constituye una garantía internacional de protección de determinados derechos fundamentales

³⁹⁸ Artículo 9 PIDCP. "1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y seguridad personales. *Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley, y con arreglo al procedimiento establecido en ésta*".

³⁹⁹ El Convenio Europeo de Derechos Humanos entró en vigor el 3 de septiembre de 1953 y fue ratificado por España mediante instrumento de 26 de septiembre de 1979 (Boletín Oficial del Estado de 10 de octubre de 1979).

mediante la asunción por los Estados Partes en dicho Tratado internacional de unas obligaciones que pueden ser exigidas no sólo por los Estados contratantes sino por los particulares.

El desarrollo normativo de los derechos de libertad y seguridad es en este Convenio mucho más detallado que en la Declaración Universal de Derechos Humanos y que en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Al reconocimiento genérico del derecho a la libertad y seguridad sigue la formulación del principio de legalidad en la detención, con expresión de los supuestos en los que se justifica la privación de libertad⁴⁰⁰. A continuación establece los derechos del detenido a ser informado de las razones de la pérdida de su libertad y de la acusación contra ella (artículo 5.2), a ser conducido sin dilación ante el juez u otra autoridad que ejerza funciones judiciales, a ser juzgado dentro de un plazo razonable o a ser puesto en libertad durante el procedimiento (artículo 5.3), a que un órgano judicial se pronuncie sobre la legalidad de su detención (artículo 5.4) y a obtener una reparación en caso de detención o internamiento en condiciones contrarias a las establecidas (artículo 5.5). El paralelismo entre

⁴⁰⁰ Dispone el artículo 5.1. CEDH. *“Toda persona tiene derecho a la libertad y seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido en la ley: a) Si ha sido penado legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente; b) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por ley; c) Si ha sido detenido preventivamente o internado, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que se ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido; d) Si se trata del internamiento de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente; e) Si se trata del internamiento, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo; f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o de extradición”.*

el Pacto y el Convenio de Derechos Humanos en materia de derechos del detenido es evidente. Es en la pormenorización de la regulación de los supuestos en los que procede la detención en lo que se diferencia el Convenio del Pacto.

A la vista del contenido del artículo 5.1 CEDH la detención queda justificada por imposición de una sanción privativa de libertad por tribunal competente, por desobediencia a las órdenes judiciales, o para garantizar el cumplimiento de una obligación, por causa de delito, sea el delincuente mayor o menor de edad, y al extranjero sorprendido pretendiendo entrar ilegalmente en el país, o contra el que se está sustanciando un procedimiento de expulsión o de extradición. Fuera de estos casos el Convenio no autoriza la privación de la libertad personal.

Este Convenio, en su artículo 6, establece que toda persona tiene derecho a que su causa sea oída, equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable, por un Tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. Establece también el artículo 14 que el goce de los derechos y libertades reconocidas en el Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, nacimiento u otra situación.

El sistema de garantías establecido en el Convenio es más completo que el de los otros tratados citados, ya que además de la cláusula general contenida en el artículo 13, que dispone el acceso ante una instancia nacional a quien considere que sus derechos hayan sido vulnerados, se establecen los casos en los que los derechos y libertades reconocidos en el

Convenio pueden ser total o parcialmente derogados. Así, el artículo 15.1 permite que en caso de guerra o de otro peligro público que amenace la vida de la nación, se deroguen ciertos derechos en la medida indispensable.

Tal sistema de garantías se completa con la existencia de la Comisión y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, instituidos con el fin de asegurar el respeto de los compromisos derivados del Convenio⁴⁰¹.

Al respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado, en relación con el artículo 1 del Convenio de Roma de 1950, que el ámbito de la jurisdicción estatal, a los fines de la protección que ese instrumento garantiza, no se circunscribe al territorio nacional. Por lo que cabe imputar al Estado una lesión de los derechos que el Título I del Convenio reconoce, en relación con actos realizados por sus autoridades fuera del territorio nacional⁴⁰².

D) Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea

Este instrumento proclamado por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, es fruto de una iniciativa acordada en el Consejo Europeo de Colonia de 1999, fue proclamado, aunque no promulgado formalmente (razón por la cual, en realidad carecía de eficacia jurídica) en el Consejo Europeo de Niza de 7 de diciembre de 2000 y publicado el 18 de diciembre de 2000⁴⁰³. Declara en su Preámbulo que la Unión está fundada sobre los

⁴⁰¹ El CEDH dedica el Título III a la Comisión Europea de Derechos Humanos y el Título IV al Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Con relación a éste, destaca la misión atribuida por el artículo 45 para conocer de todos los asuntos relativos a la interpretación y aplicación del Convenido entre las Altas partes contratantes o que la Comisión le someta.

⁴⁰² STEDH de 26 de junio de 1999, asunto Drozd y Janousek contra Francia y España; STEDH de 23 de marzo de 1995, asunto Loizidou contra Turquía.

⁴⁰³ Es pacífica la falta de valor jurídico de la Carta hasta su incorporación formal como Parte II de la nueva Constitución Europea. Pero conviene resaltar que incluso su publicación se

valores indivisibles y universales de la dignidad humana, la libertad, la igualdad y la solidaridad, y se basa en los principios de la democracia y del Estado de Derecho⁴⁰⁴.

Aún cuando su valor es meramente declarativo, era necesario que a escala de la Unión Europea debiera de existir un texto que recogiera los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos de la Unión aplicables a todos, nacionales y extranjeros. Son normas que contienen principios generales comunes y algunos de “ius cogens” de la Unión Europea.

Distingue la Carta entre “derechos”, “libertades” y “principios”. Las dos primeras categorías son de uso común en nuestra cultura jurídica. Pero los “principios” adquieren operatividad distinta de la asignada a los derechos. Algunos de estos “principios” se integran en el contenido de los derechos moldeando su sustancia⁴⁰⁵. Otras realidades son calificadas indistintamente como “derechos o principios” como ocurre con el de igualdad en el artículo 23. Adquieren otros “principios” sustancia propia como tales, como sucede con los de legalidad y de proporcionalidad de los delitos y las penas (artículo 49). También la eficacia de los “principios” es diferente de la de los derechos y libertades. Estos deben ser “respetados” (artículo 51), los “principios” deben ser “observados” y promovida su aplicación.

produjo en la Serie C (Suplementos al Diario Oficial, licitaciones y contratos públicos) y no en la Serie C (Legislación) del DOCE.

⁴⁰⁴ Dedicó el Capítulo I a la dignidad humana, el II a las libertades; el III a la igualdad; el IV a la solidaridad; el V a la ciudadanía; el VI a la justicia, terminando con unas disposiciones generales sobre el ámbito de su aplicación, el alcance de los derechos garantizados, el nivel de protección y la prohibición del abuso de derecho.

⁴⁰⁵ Así ocurre con el derecho a la creación de centros docentes (artículo 14); con el derecho a la protección al medio ambiente, que se nutre del “principio de desarrollo sostenible”, propio del derecho ambiental, como norma general.

Los derechos y libertades recogidos en la Carta se reconocen a cualquier persona con independencia de su ciudadanía, salvo los reconocidos en el Capítulo V que lo son sólo para los ciudadanos de la Unión, si bien el derecho a una buena administración se extiende a todas las personas, sean o no ciudadanos de la Unión. En esta Carta se dedica el Capítulo VI (artículos 47 a 50) a la Justicia y en el mismo se establecen entre otros el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial, la presunción de inocencia y derechos de defensa, a los principios de legalidad y proporcionalidad de las penas.

Cualquier limitación de los derechos y libertades deberá ser además establecida por la ley, que deberá respetar su contenido esencial. Los “principios”, por su parte, podrán aplicarse mediante actos legislativos y ejecutivos adoptados por las instituciones de la Unión y por actos de los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión en el ejercicio de sus competencias

Estos derechos y libertades aparecen recogidos actualmente en el Tratado por el que se establece una Constitución Europea⁴⁰⁶, Parte II, directamente invocables, en virtud de la Constitución Española, tan pronto sea ratificada por los Estados miembros de la Unión Europea.

La naturaleza jurídica de la Carta de los Derechos Fundamentales, esto es, su carácter vinculante, su fuerza de obligar, la eficacia jurídica de sus declaraciones, fue muy debatida mientras se mantuvo en su condición

⁴⁰⁶ El Tratado por el que se instituye una Constitución para Europa, se firmó en Roma, el 28 de octubre de 2004, por los Jefes de Estado y de Gobierno de los 25 países de la Unión, comenzando entonces el proceso de ratificación en cada uno de esos países. La ratificación en España, según el artículo 93 CE exige una Ley Orgánica, que exige mayoría absoluta. En cuanto al referéndum se celebró el 20 de febrero de 2005, aprobándose con amplia mayoría del pueblo español. Las dudas sobre la existencia en la Constitución Europea de disposiciones contrarias a la CE, dio lugar a una consulta al Tribunal Constitucional, como previene el artículo 95.1 CE.

de una Declaración solemne firmada en el Consejo Europeo de Niza. Pero en la actualidad después de su incorporación al texto constitucional, ha adquirido el mismo valor y carácter que cualquiera de los preceptos de la Constitución.

La propia parte I^a de la Constitución Europea previene que la Unión procurará adherirse al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y luego, que estos derechos fundamentales forman parte del Derecho de la Unión como principios generales⁴⁰⁷. El artículo 2 de la Constitución Europea se refiere, con el epígrafe “valores de la Unión”, al respeto a la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y a los derechos humanos⁴⁰⁸

En definitiva, en nuestro sistema jurídico, en el que se incardinan las Declaraciones, Tratados y Convenios referidos⁴⁰⁹, no hay duda de la exigencia de igual trato para cualquier persona (ciudadano o extranjero) respecto de los derechos fundamentales con independencia de su origen, nacionalidad, o condición, sin perjuicio de que éstos sean determinantes de la extensión o amplitud de esos derechos que pueden resultar inexistentes

⁴⁰⁷ De esta forma se hacen “comunitarios” de manera expresa derechos fundamentales que gozaban ya de canales preexistentes de validez: los derivados del valor en el Derecho Interno de los tratados internacionales (artículo 10 CE).

⁴⁰⁸ Y lo hace hasta el punto de hacer de estos principios y derechos punto clave de la “homologación” de un país como digno de formar parte de la comunidad de naciones que conforman la Unión.

⁴⁰⁹ En la recién aprobada Constitución Europea se recogen los derechos fundamentales con las garantías para los seres humanos por el hecho de serlo, con independencia de su ciudadanía y que han de servir de guía y pauta al tiempo de interpretar y aplicar el ordenamiento jurídico interno. En la Parte II, dedicada la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, se reconocen, entre otros, las siguientes libertades: Artículo II-66, derecho a la libertad y a la seguridad; Artículo II-79, derecho a la protección en caso de devolución, expulsión y extradición; Artículo II-80, derecho a la igualdad; Artículo II-81, derecho a la no discriminación; Artículo II-105, derecho a la libertad de circulación.

si la incorporación de los preceptos contenidos en aquellos a los ordenamientos internos no se lleva a cabo sin reticencias ni subterfugios⁴¹⁰.

⁴¹⁰ PECES MORATE, E., (*Las declaraciones de derechos y su efectividad respecto de los inmigrantes*, en “Inmigración y Derecho”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2003, pág. 5) opina: “*es preciso que las Administraciones y los jueces interpreten y apliquen la ley conforme a los principios establecidos en esas Declaraciones y Convenios, lo que ni siempre sucede esgrimiendo como argumentos la defensa del orden y de la seguridad de las comunidades estatales a las que llegan los inmigrantes en busca de mejores condiciones de vida pero con sus bajajes ideológicos y culturales a cuestas*”.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA DETENCIÓN DE EXTRANJEROS

I. LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO PENAL

Se entiende por medida cautelar la resolución que se adopta en el curso de un proceso y que tiene por objeto asegurar su eventual resultado. La función jurisdiccional consiste en juzgar y ejecutar lo juzgado (artículo 117.3 CE) pero para que estas dos manifestaciones de la jurisdicción tengan eficacia a veces es precisa la adopción de algunas medidas que aseguren su cumplimiento. Esta faceta de la actividad jurisdiccional es calificada por la doctrina como proceso cautelar⁴¹¹.

Las medidas cautelares son reguladas, por primera vez, en nuestro ordenamiento de manera completa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, en la que se establece una serie de principios y presupuestos ya aplicadas anteriormente en todos los ordenes jurisdiccionales por la Jurisprudencia y por la doctrina científica. Son características comunes a las medidas cautelares: 1.º Carácter auxiliar o instrumental, en cuanto que toda medida cautelar tiene como fin asegurar la resolución definitiva que pueda recaer previsiblemente en el proceso; 2.º Provisionalidad, dado que estas medidas se mantendrán en tanto cumplan con su función de aseguramiento; 3.º Temporalidad, las medidas cautelares serán de duración limitada ya que están supeditadas a la pendencia del proceso principal; 4.º Variabilidad, porque pueden modificarse si cambian los presupuestos o circunstancias que hayan servido de soporte para su adopción.

⁴¹¹ MONTERO AROCA, J., (con MONTON REDONDO, BARONA VILAR, Y GOMEZ COLOMER) *Derecho Jurisdiccional I, Parte general*, Valencia, 2004, pág. 299; califica al proceso cautelar como la tercera dimensión o un “*tertium genus*” de la función jurisdiccional.

El nuevo marco normativo plasmado en la LEC⁴¹² ha de tenerse en cuenta en el orden penal, con las necesarias adaptaciones y especialidades, porque así lo dispone el artículo 764.2 LECRIM, y además porque ante todo vacío legal ha de acudir a la LEC como norma supletoria de los demás órdenes jurisdiccionales (artículo 4 LECRIM).

En el proceso penal se suele distinguir entre medidas cautelares reales, que tienden a garantizar las responsabilidades pecuniarias que pudieran declararse y medidas cautelares personales, que tienen como finalidad asegurar la presencia del inculpado en el curso del proceso. La importancia de estas últimas es que se materializan mediante la privación o restricción de la libertad del inculpado, por lo que su estudio está en íntima conexión con el derecho a la libertad, y que serán objeto de estudio más detallado en el presente capítulo.

En la LECRIM se establece una regulación esquemática e insuficiente de las medidas cautelares reales y establece también una normativa poco afín con los principios constitucionales en el caso de las medidas cautelares privativas de la libertad personal.

Junto a las medidas cautelares personales, privativas de libertad, reguladas en la LECRIM, citación, detención, libertad provisional y prisión provisional, existe una nueva categoría de medidas cautelares que no tienen como finalidad el cumplimiento efectivo de la sentencia sino que atienden preferentemente a la protección cautelar de las víctimas, para dar seguridad o protección jurídica a la persona agredida o a su familia, o a la prevención de nuevas conductas delictivas, tales como la orden de

⁴¹² El artículo 730 LEC recoge el principio de *Periculum in mora* y el principio *Fumus boni iuris*"; el principio de proporcionalidad se menciona en el artículo 728.1.2; y el principio de accesoria se establece en el artículo 733.1. LEC.

alejamiento (artículo 544 bis), la orden de protección (artículo 544 ter), y la privación cautelar del permiso de conducir.

En el presente capítulo vamos a examinar la medida cautelar de detención en la LECRIM y las diversas clasificaciones o modalidades de la misma, y a continuación la detención de los extranjeros prevista en el Derecho de extranjería.

II. LA DETENCIÓN: CONCEPTO

En sentido amplio y genérico una persona detenida es aquélla que no puede moverse, que ha sido privada de la libertad de decidir sobre sus propios movimientos. Ha de ejercerse, por tanto, por medio de otra u otras personas y, mediante una coacción física, que impida el movimiento. Detener supone impedir a una persona el dirigirse hacia el lugar que libremente ha determinado. Es decir, en un sentido amplio, toda falta de movimientos no querida por el propio sujeto constituye una detención, y así tendría la misma calidad de detenida una persona parada en un control de alcoholemia que otra en la celda de una prisión en la que cumple condena por sentencia firme. Toda privación de libertad deambulatoria es una detención.

La detención en sentido lato se puede definir como la privación de la libertad ambulatoria, locomotriz o de movimientos, de forma que el autor de la privación de libertad impide al sujeto trasladarse de lugar según su libre voluntad⁴¹³. El concepto jurídico coincide con su acepción gramatical: detener según la Real Academia Española es “privar de libertad por un tiempo breve”.

⁴¹³ SALIDO VALLE, C., *La detención policial...*, cit., pág. 44.

Este concepto amplio que gramaticalmente no es incorrecto, ha de restringirse necesariamente cuando se habla de detención legal propiamente dicha y contemplada en nuestras leyes.

El sentido estricto del concepto va a ir unido a la naturaleza cautelar o preventiva que la detención ha de tener. Así, entendemos por detención propiamente dicha la que produce una privación de conducirse libremente, que será temporal, justificada, garantizada, con carácter preventivo y excepcional. Esta detención la podemos denominar detención penal o detención por delito.

Podemos definir esta detención, siguiendo a BARONA VILAR⁴¹⁴, como una medida cautelar personal que consiste en la privación breve de libertad, limitada temporalmente con el fin de poner el sujeto detenido a disposición de la autoridad judicial, quien deberá resolver, atendidas las condiciones legales, acerca de su situación personal, manteniéndola por tiempo mayor (prisión) o adoptando una medida cautelar menos grave (libertad personal) o restableciendo el derecho a la libertad en su sentido natural. La detención como medida cautelar, lo es por la previsible comisión de un delito y con la existencia de un posible futuro proceso penal.

Las notas características y esenciales de la detención penal son las siguientes:

1ª *Instrumentalidad*. La detención sólo es posible adoptarla en función de una causa penal. La medida cautelar se justifica en relación a otro proceso principal.

⁴¹⁴ BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional, Proceso Penal*, (con MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER y MONTÓN REDONDO), tomo III, Valencia, 2004, pág.465

2ª *Provisionalidad*. Como veremos más adelante, el plazo de la detención no sólo es un requisito sino una garantía inexpugnable, la detención tiene un límite temporal necesario.

3ª *Excepcionalidad*. La detención debe ser el último remedio a aplicar en situaciones extremas.

4ª *Justificación*. La causa de la detención va a ser el elemento que mayores problemas plantea al conllevar situaciones en las cuales se ha de valorar la consecuencia o no de los requisitos legales, y todo ello en un muy breve lapso de tiempo.

5ª *Carácter preventivo*. La detención no puede suponer una sanción o una pena.

La doctrina penal se ha referido al concepto de detención de distintas maneras⁴¹⁵. Sin ánimo de ser exhaustivos, siguiendo a GIMENO SENDRA⁴¹⁶

⁴¹⁵ DE DIEGO DíEZ, L. A., (*Habeas Corpus frente a detenciones ilegales*, Madrid, pág. 12), da un concepto amplio definiendo la detención como “*cualquier forma de privación de libertad deambulatoria del ciudadano, sea cual fuere su denominación que a esta quiera utilizarse (retención, intervención, etc.)*”.

RODRÍGUEZ RAMOS, L., (*La detención*, Madrid, 1987, pág. 27) pone de manifiesto los dos aspectos de la detención: el negativo impidiendo a una persona abandonar el lugar; y el positivo conduciéndola contra su voluntad a otro lugar.

FENECH, NAVARRO, M. (*El proceso penal*, Madrid, 1982, pág. 145) establece que *es un acto por el que se produce una limitación de libertad individual de carácter provisional y que tiene por fin ponerla a disposición, mediata o inmediata del Instructor del proceso penal para los fines de este*.

MORENO CATENA, V., (*El Proceso Penal*, tomo V, Madrid, 1999, pág. 1549) la define como “*toda privación de libertad deambulatoria de una persona distinta de la prisión provisional, o de la ejecución de la pena de cárcel y acordada en un caso y con un fin previsto y permitido por el ordenamiento jurídico*”.

GARCÍA MORILLO, J. (*Detención, privación y restricción de libertad*. Valencia. 1995. pág. 77) equipara la detención en sentido estricto y técnico a la detención policial, por decisión autónoma o por orden judicial, preordenada a la imputación de un delito en un proceso penal, llegando a dos conclusiones: Que en toda ocasión en que aparezca necesaria una restricción o privación de libertad se proceda a la detención o a que las situaciones que no sean detención queden desprovistas de las garantías constitucionales.

DE LLERA SUÁREZ-BARCENA, E. (*Derecho Procesal Penal*, Valencia, 1994, pág. 269) establece que en un sentido amplio “*se denomina detención a toda privación de la libertad deambulatoria de una persona*” (...) En sentido estricto la detención “*es aquella privación de la libertad personal provisionalísima, de duración muy breve, dispuesta por el órgano*

damos un concepto comprensivo de todas las notas esenciales de la detención que la define como una medida cautelar de naturaleza procesal y provisionalísima que puede adoptar la autoridad judicial, policial e incluso los particulares, consistente en la limitación del derecho a la libertad del imputado con el objeto esencial, bien de ponerlo a disposición de la autoridad judicial, bien si se encuentra ya en dicha situación, de resolver sobre la misma.

III. LA DETENCIÓN PREVENTIVA

La detención preventiva es una medida cautelar personal pues se basa en la imputación de una infracción criminal que se puede imponer al sujeto presunto responsable de la misma⁴¹⁷. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido reiteradamente la naturaleza cautelar de la detención⁴¹⁸. En términos generales se puede afirmar que las medidas cautelares son aquéllas que van dirigidas a procurar la efectividad de la

competente para la investigación oficial (Juez de Instrucción, Policía o Ministerio Fiscal) o incluso por particulares, con el fin de asegurar la presente en el proceso del presunto responsable de la infracción penal y la eficacia de una eventual sentencia condenatoria”.

DE HOYOS SANCHO, M., (*La detención por delito*, Pamplona, 1997, pág. 23) entiende por detención “*la situación fáctica de privación de la libertad ambulatoria de una persona que se caracteriza por su corta duración, instrumentalidad y provisionalidad, ya que se practicará con la finalidad de que las autoridades competentes resuelvan en el tiempo necesario, dentro de los plazos constitucionalmente establecidos, acerca de la situación personal del privado de libertad*”.

PORTILLA CONTRERAS, G., (*El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Madrid, 1990 pág. 93) la define como “*un acto por el que una persona es privada de libertad en virtud de la ley*”.

⁴¹⁶ GIMENO SENDRA, V., *El proceso de “habeas corpus”*, Madrid, 1985. Pág. 34

⁴¹⁷ Doctrinalmente se distingue entre medidas cautelares personales, que recaen sobre la persona del imputado, con el fin de asegurar la efectividad de la sentencia que se dicte, y medidas cautelares reales o patrimoniales, que recaen sobre los bienes y pretenden asegurar las responsabilidades pecuniarias que se pueden declarar en un proceso penal.

⁴¹⁸ STS de 16 de octubre 1993 (RJA 1993/7782) y STS de 1 de febrero de 1995 (Colex 95P19).

resolución que en su día ponga fin al proceso judicial iniciado. Las medidas cautelares se justifican en la necesidad de tiempo para la actuación del derecho objetivo, ese tiempo implica el riesgo de que la sentencia que llegue a dictarse sea inútil porque el sujeto pasivo lo aprovecha para que la sentencia no pueda ejecutarse⁴¹⁹.

En la adopción de las medidas cautelares personales, como la detención, es necesaria una ponderación de los intereses pretendidos, que son el derecho a la libertad de todo ciudadano y su presunción de inocencia (artículos 17.1 y 24.2 CE), y el derecho de la sociedad a mantener el orden y la seguridad, dado que, tal como establece el Tribunal Constitucional⁴²⁰: *“pugna el deber estatal de perseguir eficazmente el delito, por un lado, y el deber estatal de asegurar el ámbito de la libertad del ciudadano, por otro”*.

La detención está regulada en el Título VI del Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como uno de los instrumentos de la instrucción sumarial, junto con la citación y la prisión provisional⁴²¹. La regulación de esta medida es obsoleta y confusa porque no tiene en cuenta los cambios debidos a la Constitución Española y desarrollados por la doctrina del Tribunal Constitucional. La doctrina científica viene reclamando una reforma procesal en profundidad que aborde la regulación de las medidas

⁴¹⁹ BARONA VILAR, S. *¿Derecho Jurisdiccional III, Proceso penal*, cit. pág., 461.

⁴²⁰ STC 41/1982, de 2 de julio (RTC 1982, 41).

⁴²¹ GIMENO SENDRA, V., (*La detención gubernativa y la detención policial*, en “La detención”, Barcelona, 1977, pág. 113) afirma que la detención *“puede ser un acto de investigación indirecto, ya que aunque no sea una verdadera fuente de prueba sí suele significar el origen de las actuaciones probatorias (intervenciones corporales, cacheos, toma de huellas, ruedas de reconocimiento, interrogatorios policiales, etc.)”*.

atinentes a los derechos fundamentales, adaptando la legislación a los principios y valores constitucionales⁴²².

1. PRESUPUESTOS

Para que se pueda adoptar esta medida cautelar es preciso se den los presupuestos típicos de toda medida cautelar personal: El *fumus boni iuris*, el *periculum in mora*, y la proporcionalidad.

1.º *Fumus boni iuris o fumus comissi delicti*⁴²³. Este presupuesto se concreta en la imputación de un hecho delictivo, recogido en los supuestos previstos en el artículo 490 LECRIM. Se trata de un juicio de probabilidad sobre la responsabilidad penal del sujeto pasivo de la medida cautelar. Para llevar a cabo la detención basta con la apariencia razonable de que el hecho investigado haya podido ser cometido por la persona sobre la que ha de recaer, es decir, que haya motivos bastantes para inculparlo. La apreciación de este presupuesto o título de imputación viene representado por la existencia de motivos racionalmente bastantes acerca de la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito, sea éste descubierto “*in fraganti*”⁴²⁴, o como consecuencia de una actividad investigadora, y que los haya también bastantes para atribuir a una persona

⁴²² En ese sentido es afirmado por PORRES ORTÍZ DE URBINA, E., *Medidas cautelares en el orden penal*, en Estudios Jurídicos de Secretarios Judiciales III-2003, CEJAJ, Madrid, 2003, pág. 135.

⁴²³ La denominación de *fumus comissi delicti* es utilizada por PEDRAZ PENALVA, E., *El derecho a la libertad y seguridad* (Artículo 5 CEDH), en Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Madrid. 1993, pág. 12, y DE HOYO SANCHO, M., *La detención por delito...*, cit., pág. 82.

⁴²⁴ En el supuesto de que la detención se realice por particulares, sin que exista causa pendiente (artículo 490, 1 y 2 LECRIM) este presupuesto se refleja en la flagrancia del hecho cometido; en el supuesto de que la detención por particulares se realice estando pendiente la causa principal, el presupuesto de *Fumus boni iuris*, se fundamenta en los motivos racionalmente suficientes para entender que el sujeto detenido se hallaba fugado con causa pendiente o en situación de rebeldía.

su participación, no bastando la mera sospecha. En definitiva, supone la razonada atribución del hecho punible a una persona determinada a la que se pretende detener.

Este juicio de probabilidad se debe realizar por el agente que la practica o por el Juez de Instrucción si la detención lo es en virtud de orden judicial. Si la detención es policial, el presupuesto de *fumus boni iuris* se puede distinguir atendiendo al momento de su adopción: 1.º Si la detención lo es sin causa pendiente, conforme al artículo 492, 1 en relación con el artículo 490, el presupuesto de *fumus boni iuris* se refleja en la flagrancia en la comisión del hecho delictivo; 2.º Si la detención policial se lleva a cabo en el curso de una causa penal (artículo 492, 1 en relación con el 490 números 6 y 7, y artículo 492 números 2 y 3) este presupuesto responde a la presencia de una imputación, por procesamiento o por la existencia de motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia del hecho que presenta caracteres de delito y en la participación del detenido en el mismo.

Si la detención es judicial (artículo 494 LECRIM) el presupuesto que comporta el *fumus boni iuris* supone la probable responsabilidad penal del sujeto detenido.

2.º *Periculum in mora o periculum libertatis*⁴²⁵. Este presupuesto se concreta en la pretensión de asegurar los fines del proceso en general, y en particular el peligro de ocultación personal del sujeto; se trata, en definitiva, de la existencia de razones para temer que el inculpado va a tratar de sustraerse a la acción de la justicia. No es suficiente que haya motivos para creer que una persona ha cometido el delito, sino que además

⁴²⁵ La denominación *periculum libertatis* es utilizada por PEDRAZ PENALVA, E. (*El derecho a la libertad...*, cit., pág. 12).

haya motivos para temer que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.

La concreción del *periculum in mora* obedece a la concurrencia de ciertas circunstancias que determinan el peligro de frustrar el proceso penal en curso. Nos referimos a la gravedad del delito imputado, los antecedentes penales, la fuga u ocultación, la imposibilidad de identificarle y el peligro de oscurecimiento.

En primer lugar, la gravedad del delito representada por la pena privativa de libertad que señale la ley, determinará la apreciación de la presunción de fuga del autor del delito, lo que hará precisa su detención. Tal peligro de fuga no puede considerarse que exista en delitos que no estén castigados con penas privativas de libertad o cuando éstas son de corta duración, en concreto la pena superior a prisión de seis meses a tres años, es elemento que presume el peligro de fuga (artículo 492 núm. 2). En el supuesto excepcional en el caso de faltas (artículo 495) este requisito quedará delimitado por la ausencia de domicilio conocido del detenido y por la no prestación de fianza exigida, lo que justifica el posible peligro de fuga.

En segundo lugar, los antecedentes del imputado en la anterior comisión de delitos, no para apreciar una agravación de la pena, sino como exponente de la habitualidad, de la que se pueda presumir la incomparecencia del imputado.

En tercer lugar, la fuga u ocultación o rebeldía del sujeto, conductas indicativas de un intento de eludir la acción de la justicia. La fuga u ocultación y la declaración de rebeldía ponen en peligro el cumplimiento efectivo de la sentencia definitiva, y son definitorias del *periculum in mora* en sentido estricto.

En cuarto lugar, las actividades del presunto autor del delito, como actuaciones tendentes a la destrucción, alteración u ocultación de pruebas, pueden hacer peligrar los fines del proceso penal.

Finalmente se desprende el peligro de fuga del imputado de la imposibilidad de que sea identificado plenamente por quienes pretendan detenerle. Si falta la identificación la policía debe realizar cuantas gestiones sean precisas para proceder a esta identificación y, si se logra identificar, el detenido debe ser puesto en libertad⁴²⁶.

En definitiva, la concreción del *periculum in mora* obedece a la concurrencia de estas circunstancias, solas o en unión de otras, que determinan el peligro de frustrar el proceso penal en trámite.

3.º A estos presupuestos se puede añadir un tercero, el de *proporcionalidad*⁴²⁷. En sentido amplio se entiende que existe proporcionalidad entre la limitación o intervención del derecho y libertad fundamental y la medida cautelar adoptada cuando sea adecuada y necesaria para obtener el fin perseguido por el legislador. Así, siempre y cuando tal injerencia se encuentre en una razonable relación con la finalidad perseguida, será constitucionalmente admisible.

El principio de proporcionalidad tiene su fundamento en la garantía que la propia Constitución Española reconoce a las libertades y derechos fundamentales en el artículo 53, que la recoge con el siguiente tenor: “*Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Solo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto*

⁴²⁶ Esta medida está recogida en el artículo 20 de la Ley de Protección de la Seguridad Ciudadana.

en el artículo 161.1, a)”. Si bien se impone al legislador la obligación de respetar el contenido esencial de los derechos y libertades, nada se dice acerca del método para su determinación⁴²⁸. Fue el Tribunal Constitucional en STC 11/1981⁴²⁹ quien estableció dos vías de determinación del contenido esencial de un derecho subjetivo. La primera vía alude a la naturaleza jurídica; el contenido esencial estaría constituido por las facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible.

La segunda vía se refiere a la determinación de los intereses jurídicamente protegidos⁴³⁰. El derecho a la libertad ambulatoria contenido en el artículo 17 CE no es un derecho absoluto, podrá ser limitado en lo imprescindible cuando se produzca un enfrentamiento entre el disfrute de ese derecho y otros bienes o derechos de la comunidad que tengan un rango igual o superior al del artículo 17 CE⁴³¹. El propio precepto constitucional pone de manifiesto la prevalencia de algunos bienes que podrán justificar la libertad personal en lo necesario: las necesidades de la persecución penal, el correcto desarrollo del proceso y el cumplimiento efectivo de las sentencias.

Una vez que en el caso concreto se evidencie la existencia de un bien o valor de rango constitucional que debe prevalecer será necesario

⁴²⁷ DE HOYOS SANCHO, M, *La detención...*, cit., pág. 84.

⁴²⁸ En este sentido DE HOYOS SANCHO, M., *La detención...*, cit. pág. 56.

⁴²⁹ STC 11/1981, de 8 de abril (RTC 1981, 11).

⁴³⁰ En la evolución de la jurisprudencia del TC en esta materia se entiende vulnerado el contenido esencial cuando la medida de que se trate afecte a las facultades que protege el derecho fundamental más allá de lo estrictamente necesario para la defensa del bien o valor constitucional que ha motivado la intervención, así, si el límite es arbitrario y no soporta el juicio de razonabilidad y proporcionalidad.

⁴³¹ STC 178/1985, de 19 de diciembre (RTC 1985, 178) establece: “...*Por la excepcionalidad y de la restricción o privación de libertad exige una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esa libertad, de modo que se excluyan restricciones de libertad que,*

determinar concretamente en qué medida se debe ver restringido ese derecho o libertad fundamental. Aquí entra en juego el principio de proporcionalidad⁴³². El principio de proporcionalidad en sentido amplio⁴³³ puede enunciarse de esta manera: Únicamente será constitucionalmente admisible aquella limitación o intervención en los derechos y libertades fundamentales que sea adecuada y necesaria para obtener la finalidad perseguida por el legislador, que deberá ser justificada, y siempre y cuando tal injerencia se encuentre en una razonable relación con la finalidad perseguida.

Este principio necesitaría, a su vez, un control de idoneidad o adecuación, es decir, valorar si la medida es adecuada o apta para alcanzar la finalidad constitucionalmente prevista que justifica la limitación del derecho fundamental; también un control de necesidad de la intervención, pudiendo comparar con otras medidas alternativas suficientemente idóneas para la persecución del fin pretendido; y finalmente, un control de racionalidad o de proporcionalidad en sentido estricto, controlando, en el caso concreto, si el perjuicio que ocasiona la limitación del derecho fundamental está en una relación razonable o proporcionada con la importancia del interés estatal que se pretende salvaguardar⁴³⁴.

En conclusión, la limitación impuesta por los poderes públicos a un derecho fundamental resultará proporcionada sí, siendo apta para

no siendo razonables, rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación. La limitación ha de ser proporcional al fin que la justifique...".

⁴³² Sobre este principio interesa ver: PEDRAZ PENALVA, E., *El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y literatura especializada alemanas*, en colaboración con ORTEGA BENITO, V., y *Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad*, en *Constitución, Jurisdicción y Proceso*, Madrid. 1990; GÓNZALEZ-CUÉLLAR SERRANO, N., *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el Proceso Penal*, Madrid. 1990.

⁴³³ DE HOYOS SANCHO, M., *La detención...*, cit., pág. 67

⁴³⁴ PEDRAZ PENALVA, E., *El principio de proporcionalidad...*, cit., pág. 288

garantizar el bien o valor constitucional en conflicto, produce las consecuencias menos perjudiciales y se encuentra en relación con la importancia general que se trata de salvaguardar. Las limitaciones o restricciones al derecho fundamental que sobrepasen estas pautas supondrán un abuso o exceso de poder.

IV. LA DETENCIÓN EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El concepto de detención no sólo es una pretensión académica, sino de consecuencias prácticas, pues en función de cuál sea la delimitación que de ella se haga, se estará en el caso de considerar ó no un determinado hecho como detención, lo cual conllevaría la aplicación de su estricto régimen de observancia de límites y garantías. De ahí la delimitación que pretende el Tribunal Constitucional, quien en Autos y Sentencias ha intentado pulir el concepto para diferenciarlo de otros conceptos afines con la detención que no merecen el mismo tratamiento.

Destacaremos las siguientes resoluciones:

1.º *Sentencia 98/1986*⁴³⁵. Define la detención “*como cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad*”. Puede ser digna de alabanza la pretensión integradora de este concepto, siendo la Sentencia más significativa que existe respecto esta cuestión, pero merece

especial subrayado el hecho de que el Tribunal se refiera al impedimento de autodeterminar una conducta lícita, cuando en realidad la detención en sí impide el desarrollo de autodeterminar tanto una conducta lícita como ilícita; pero, lo más destacable del concepto es que pretende dejar claro que, una de dos: o existe situación de detención o existe libertad. La importancia de ello estriba en que las denominadas figuras afines o fronterizas con la detención deberán incardinarse en una u otra (detención o libertad) de forma necesaria, dando respuesta a los problemas surgidos en situaciones límite en las que no se observa el estricto régimen de garantías previsto para la detención. Se considera que no existen zonas intermedias entre la situación de libertad y la privación de libertad y que, por tanto, a toda situación de privación de libertad le es aplicable el sistema de garantías previsto en el artículo 17 CE. Esta sentencia ha sido ratificada posteriormente, entre otras, por la Sentencia 61/1995, de 29 de marzo, referida al arresto domiciliario, que como privación de libertad es susceptible de protección a través del *Habeas Corpus*.

2.º *Sentencia 107/1985*⁴³⁶, en la que se analiza el concepto de detención en un supuesto de requerimiento policial para la verificación de la prueba de alcoholemia, entendiéndose que la aplicación de las normas de policía conlleva necesariamente, en ocasiones, sometimientos personales no legítimos. Se trata de un supuesto de “sometimiento” no ilegítimo, desde la perspectiva constitucional, a las normas de policía, sometimiento al que puede verse obligado sin la previa existencia de indicios de infracción penal, en el curso de controles preventivos realizados por los

⁴³⁵ STC 98/1986, de 10 de julio (RTC 1986, 98).

⁴³⁶ STC 107/1985, de 7 de octubre, FJ 5.º, (RTC 1985, 107) establece: “la comprobación por agentes del orden público de la identidad y estado de los conductores no requiere de las

encargados de velar por la regularidad y seguridad del tráfico. Este argumento se aplicará por extensión a cualquier actividad preventiva de la policía.

3.º *Auto del Tribunal Constitucional 19/1991*⁴³⁷, referido a las diligencias policiales de cacheo e identificación, estableciendo que las mismas, a pesar de comportar molestias e inmovilización del ciudadano, son un sometimiento no legítimo a las normas de policía dentro de las actividades legales que la Ley 2/86 de 13 de marzo atribuye a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado. La citada resolución afirma: *“El derecho a la libertad como contrapartida a no ser privado de ella sino en los casos y en la forma establecida por la ley, no puede verse afectado por las diligencias policiales de cacheo e identificación, pues aún cuando estas diligencias inevitablemente comportan molestias, su realización y consecuente inmovilización del ciudadano durante el tiempo imprescindible para su práctica, supone para el afectado un sometimiento no ilegítimo desde la perspectiva constitucional a las normas de policía, sometimiento al que incluso puede verse obligado sin la previa existencia de infracción contra su persona, en el curso de las actividades preventiva e indagatoria de hechos delictivos que a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado incumbe, a tenor de lo dispuesto en los artículos 11 y 12 de la Ley 2/86 de 13 de marzo (...) Esta momentánea paralización de la actividad cotidiana del ciudadano no entraña privación de libertad ni atenta contra el derecho de libre circulación, que quedan intactos tras la práctica de tales medidas policiales, siempre que éstas se realicen por los*

garantías inscritas en el artículo 17.3 CE, en protección del detenido y no quienquiera que se halle sujeto a las normas de policía de tráfico”.

⁴³⁷ ATC 19/1991, de 28 de enero (RTC 1991, 19) dictado en recurso de amparo 2262/1990.

funcionarios legalmente autorizados y durante el tiempo mínimo imprescindible para cumplir el fin que persiguen”.

A la vista de estas resoluciones, el Tribunal Constitucional considera existen dos subtipos de detención: Por un lado, la detención de una persona como medida pre-cautelar, preordenada en un proceso penal iniciado o que se va a iniciar a raíz de la detención. Por otro lado, las derivadas del sometimiento a las normas de policía a través de las diligencias de identificación y cacheo. Estas “inmovilizaciones”, al no estar preordenadas a un procedimiento penal contra el sujeto pasivo, deben considerarse excluidas de la aplicación de las prevenciones contenidas en el artículo 17.3 CE. Estas diligencias de prevención tienen por finalidad el cumplimiento de las funciones propias de los Cuerpos de Seguridad del Estado, y si en esas “inmovilizaciones” se llegan a descubrir hechos delictivos en ese caso la misma se convertirá en detención propiamente dicha.

4.º *Sentencia 341/1993*⁴³⁸, que resuelve la inconstitucionalidad de preceptos de la Ley Orgánica 1/1992, de 23 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana, en la que, prácticamente, se zanja la cuestión de las figuras similares a la detención que no comportan la observancia de los derechos y garantías del artículo 17 CE. La LO 1/92 establece en su artículo 20.2 la medida de identificación en dependencias policiales, lo que supone la consiguiente “retención policial” y traslado a las dependencias policiales donde deberá permanecer el tiempo imprescindible, ello supone

⁴³⁸ STC 341/1993, de 18 de noviembre (RTC 1993, 341). En igual sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en Sentencias de 11 de noviembre 1997, 7 de julio de 1985 y 2 de febrero de 1996 (mencionadas por PORRES ORTÍZ DE URBINA, E., *Medidas cautelares en el proceso penal*, cit., pág. 132) en las que se analiza la diligencia de “cacheo” realizada por los agentes policiales al amparo de los artículos 19 y 20 LO 1/1992 de Protección de la Seguridad Ciudadana.

algo más que una inmovilización, debiendo considerarse como una privación de libertad.

Contra la citada Ley se interpusieron varios recursos de inconstitucionalidad y cuestiones de inconstitucionalidad por las Audiencias Provinciales de Madrid y Sevilla, que fueron acumuladas por el Tribunal Constitucional y resueltas por la STC 341/1993, que declaró constitucional el citado artículo 20.2 LOPSC.

Según la doctrina del Tribunal Constitucional se admite la privación de libertad a efectos de identificación, aunque con limitaciones y garantías, como una de las modalidades incardinadas en el artículo 17.1 CE. La detención, en sentido estricto, la que está preordenada en el proceso penal, es en la única en la que van a regir todas las garantías contenidas en el artículo 17 CE. En los supuestos de privación de libertad distintos a la detención preventiva el legislador debe velar porque se establezcan las garantías necesarias en función de la finalidad, naturaleza y duración de la privación de libertad de que se trate, atendiendo a los principios que se deducen del artículo 17 y de las garantías que el mismo establece. A través de la “retención” no se intenta esclarecer otro hecho que la personalidad del retenido, que carece de significación penal, ni se le informa de sus derechos, ni se garantiza la asistencia de un abogado durante el tiempo que dura la privación de libertad⁴³⁹.

⁴³⁹ MORENO CATENA, V., *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal...*, cit., pág. 9, manifiesta: “*deben reputarse ilegítimas todas las retenciones que no respondan a una diligencia de investigación por hechos delictivos. Si el ciudadano manifiesta carecer de documentos que le identifiquen a satisfacción del agente de policía, éste no dispone de los medios precisos para identificarlo en el acto y no existen motivos para considerarle partícipe en la comisión de un hecho delictivo, la única solución posible, desde la perspectiva constitucional y a falta de una ley habilitante que lo permita expresamente, no puede ser otra que la de dejarle seguir su camino libremente*”.

En esta misma sentencia se da un concepto constitucional de detenido. Se establece: “*Los derechos y garantías que dispone el artículo 17, num. 2 y 3 C.E. corresponden al afectado por una "detención preventiva". El detenido al que se refieren estas previsiones constitucionales es, en principio, el afectado por una medida cautelar de privación de libertad de carácter penal y así hemos tenido ya ocasión de advertir que "las garantías exigidas por el artículo 17.3 (información al detenido de sus derechos y de las razones de su detención, inexistencia de cualquier obligación de declarar y asistencia letrada) hallan su sentido en asegurar la situación de quien privado de su libertad se encuentra ante la eventualidad de quedar sometido a un procedimiento penal, procurando así la norma constitucional de aquella situación de sujeción no devenga en ningún caso en productora de la indefensión del afectado(...)* Ahora bien, ello no significa que las garantías establecidas en los números 2 y 3 del artículo 17 no deben ser tenidas en cuenta en otros casos de privación de libertad distintas a la detención preventiva. Ya en alguna ocasión este Tribunal ha debido contrastar con lo dispuesto en el artículo 17.2 previsiones legales relativas a privaciones de libertad no calificables como detención preventiva (STC 115/1987, FJ. 1º)”.

HERRERO HERRERO⁴⁴⁰ califica de “*detenciones funcionales-operativas*” a las restricciones temporales de libertad. Dice que estamos ante “*especies de detención*” caracterizadas por no revestir privación de libertad puesto que no se deja a nadie sin ella. Se trata de “*entretenerla o restringirla in situ*” y por muy poco tiempo, con el fin de cumplimentar las exigencias más inmediatas y elementales de la norma. En realidad, no se

⁴⁴⁰ HERRERO HERRERO, C., *Detención pre-procesal y detención funcional-operativa*, en BIMJ, núm. 1519, pág. 828.

trata de detenciones, según dicho autor, en el sentido técnico-jurídico del término. Aquí se incluirían las paradas de vehículos para controles, los requerimientos para identificación y los cacheos.

Sin embargo, el propio Tribunal Constitucional erradica el concepto de “*retención*” como zona intermedia entre la detención y la prisión, pues califica de detención la privación de libertad a los solos efectos de la identificación personal (STC 341/1993)⁴⁴¹. Esta Sentencia reconoce tácitamente, como hemos visto, que la Ley de Protección de Seguridad Ciudadana crea una nueva figura de privación de libertad: la detención de autores de infracciones administrativas que no son identificables⁴⁴².

Se encuentran también entre las privaciones de libertad, según el Tribunal Constitucional: los arrestos domiciliarios en virtud de sanción disciplinaria⁴⁴³; el internamiento forzoso de enfermos psíquicos⁴⁴⁴; la

⁴⁴¹ La STC 341/1993, de 18 de noviembre, tras declarar la constitucionalidad del artículo 20.2 LO 1/1992, reconoce, regresando al planteamiento de la STC 98/1986, de 10 de julio, que la detención con fines de identificación es una privación de libertad, tanto en los casos de personas no identificables que se hallen en disposición de cometer un ilícito penal, como de aquéllas que hayan incurrido en una infracción administrativa.

⁴⁴² El ejemplo típico de retención se produce por la solicitud de identificación. Cuando una autoridad solicita a un ciudadano que acredite su personalidad y éste no lo puede hacer por carecer de documentos acreditativos para ello, se produce una levísima privación de libertad, en la que el sujeto ha de aguardar a que se comprueben los datos requeridos por otros medios. El problema está en sí la autoridad actuante no logra identificar al ciudadano requerido. Procede entonces a realizar una serie de diligencias, habitualmente en dependencias policiales, circunstancias en la que el intervenido parece más privado de libertad (STC 341/1993). Sin embargo, no puede calificarse como detención ya que no concurren sus requisitos. En estos casos ha de existir un especial régimen de garantías para quienes se encuentren en estas circunstancias: procede en los casos tasados por la LO 1/1992 de protección de la seguridad ciudadana, cuando la identidad de las personas requeridas fuera necesaria para el ejercicio de las funciones de indagación y prevención del delito, y siempre que exista sobre ellas una razonada y fundada presunción de que puedan delinquir o hayan cometido una infracción administrativa; los motivos de la conducción a dependencias policiales deben registrarse en el libro al efecto con el fin de hacer posible, llegado el caso, un control judicial, teniendo en cuenta que las diligencias han de realizarse de forma inmediata y sin dilación alguna con la finalidad de identificar al sujeto.

⁴⁴³ ATC 1265/1988 (RTC 1988, 1265); STC 31/1985, de 5 de marzo (RTC 1985, 31); STC 93/1986, de 7 de julio (RTC 1986, 93); STC 61/1995, de 14 de febrero (RTC 1995, 61).

⁴⁴⁴ STC 140/1990, de 20 de septiembre (RTC 1990, 140).

detención gubernativa de extranjeros para su expulsión⁴⁴⁵; o la medida de identificación en dependencias policiales contemplada en el artículo 20.2 de la LO 1/1992 sobre Protección de la Seguridad Ciudadana (STC 341/1993). A esta enumeración se puede añadir la detención y el internamiento de los menores acordada por el Ministerio Fiscal conforme a la Ley Orgánica 5/2000 de Responsabilidad Penal del Menor; o la detención de las personas sospechosas de ser portadoras de enfermedades “*infecto-contagiosas*”, conforme a los artículos 1 a 3 de la LO 3/1986, de 14 de abril, sobre medidas especiales en materia de salud pública, que autorizan la adopción por parte de las autoridades sanitarias de medidas que puedan llegar hasta la privación de libertad de deambulación y movimientos.

En definitiva, la STC 341/1993 afirma: 1.º Que las garantías de los números 2 y 3 del artículo 17 CE sólo son aplicables a los supuestos de detención preventiva; 2.º Que en otros supuestos de privación de libertad distintos a la detención preventiva el legislador debe velar porque se establezcan las garantías necesarias en función de la finalidad, naturaleza y duración de la privación de libertad de que se trate, atendiendo a los principios que se deducen del artículo 17 CE.

5.º *Sentencia 179/2000*⁴⁴⁶, referente al procedimiento de *Habeas Corpus* como uno de los cánones constitucionales que regulan la limitación del derecho a la libertad ex artículo 17 CE. En esta sentencia aunque no se otorgó el amparo por la duración de la privación de libertad, si que se otorgó porque el Juez inadmitió la solicitud de *Habeas Corpus*

⁴⁴⁵ STC 115/1987, de 7 de julio (RTC 1987, 115); STC 12/1994, de 17 de enero (RTC 1994, 12); STC 21/1996, de 12 de febrero (RTC 1996, 21); STC 86/1996, de 21 de mayo (RTC 1996, 86).

⁴⁴⁶ STC 179/2000, de 26 de junio, (RTC 2000, 179).

sin examinar el fondo de la misma por entender que se trataba de una detención gubernativa. También el Tribunal Constitucional considera de aplicación el citado procedimiento en los casos de los extranjeros que permanecen confinados en los aeropuertos en espera de que se resuelva su petición de asilo por entender que en tales casos existe una privación de libertad que el Juez debe controlar. El Tribunal otorgó el amparo porque el Juez inadmitió la solicitud de *Habeas Corpus* sin examinar el fondo de la misma por entender que se trataba de una detención gubernativa. A este respecto establece la Sentencia citada: "... es doctrina reiterada de este Tribunal (STC 174/1999, FJ 5, de 27 de septiembre, y STC 232/1999, FJ 4º, de 13 de diciembre) que la esencia de un procedimiento de "Habeas Corpus" consiste precisamente en que, siempre que la persona se encuentra efectivamente detenida, el Juez compruebe personalmente la situación de la persona que pide el control judicial, para que el detenido, una vez puesto en presencia del Juez, pueda formular las alegaciones y pruebas que estime conveniente en relación con la legitimidad de la situación de privación que padece... Ya que sólo garantizando que el Juez se pronuncia sobre la legalidad de la situación de privación de libertad padecida, una vez que el detenido ha sido llevado a su presencia y ha tenido, por tanto, oportunidad de oírle, se garantiza el derecho consagrado en el artículo 17.4 CE(...) Por otra parte debe señalarse que la referida garantía resulta de aplicación en todos los casos en los que se produce una privación de libertad no acordada por el Juez; garantía que hemos considerado específicamente aplicable en las detenciones impuestas en materia de extranjería, y en concreto en los casos en los que la detención o la privación de libertad del solicitante tiene como objeto ejecutar una orden de expulsión del territorio nacional (...) El Juez del

“habeas corpus” debe controlar la legalidad material de la detención administrativa, es decir, que ésta estuviera o no incluida dentro de alguno de aquellos casos en que la ley permite privar de libertad a una persona”⁴⁴⁷.

En el mismo sentido se recoge en STC 224/2002⁴⁴⁸ que establece, respecto a la resolución judicial que denegó la incoación del procedimiento de Habeas Corpus: *“el derecho a la libertad posee como garantía específica la existencia de dicho procedimiento para que exista pleno y efectivo control judicial de las privaciones de libertad como eficacia de los derechos fundamentales, debiendo si se cumplen los requisitos formales para la admisión a trámite y se da el presupuesto de privación de libertad, como en este caso, admitir la incoación del Habeas Corpus, siendo improcedente declarar la inadmisión cuando ésta se funda en la afirmación de que el recurrente no se encontraba ilícitamente detenido, precisamente porque el contenido propio de la pretensión formulada en este procedimiento es el determinar la licitud o ilicitud de la detención, ya que el enjuiciamiento de la legalidad de la detención debe hacerse en el juicio de fondo del Habeas Corpus presentado (previa comparecencia y audiencia del solicitante y demás partes, con la facultad de proponer y, en su caso, practicar pruebas), y no en el Auto en el cual se rechaza la admisión del Habeas Corpus”*.

6.º Sentencia 169/2001⁴⁴⁹, referente a las limitaciones del derecho a la libertad, distintas de la detención, y la necesidad de la previsión legal de la medida limitadora de tal derecho. El Tribunal Constitucional declaró

⁴⁴⁷ En este sentido: STC 21/1996, de 12 de febrero, FJ 6º, (RTC 1996, 21); STC 86/1996, de 21 de mayo, FJ 11º (RTC 1996, 86); STEDH, de 15 de noviembre de 1996, caso “Chahal contra Reino Unido”.

⁴⁴⁸ STC 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 5 (RTC 2002, 224).

lesionado el derecho a la libertad personal del recurrente en amparo, de nacionalidad argentina, contra el que se seguía un proceso penal en la Audiencia Nacional, y contra quien se dictó auto que decretaba la libertad provisional con obligación “*apud acta*” de presentarse ante el Juzgado semanalmente y siempre que fuere llamado, designación de domicilio conocido, entrega del pasaporte y prohibición expresa de salida del territorio nacional sin autorización judicial. En opinión del Tribunal “*las medidas impuestas son condiciones de la libertad provisional, y no medidas autónomas, porque su finalidad no era otra que la de garantizar la presencia del encausado, lo que determina que su examen constitucional tenga que realizarse desde la perspectiva del artículo 17.1 CE, y no desde la del derecho a la libertad de circulación del artículo 19 CE, del que también gozan los extranjeros pese a su dicción legal*”.

7.º Sentencia 224/2002⁴⁵⁰, referente a la duración de la detención. La citada Sentencia recoge un supuesto de detención preventiva en que la misma dura más del tiempo mínimo indispensable para realizar las averiguaciones tendentes a esclarecer el delito, tal como cita el artículo 17 CE y artículo 520 LECRIM. El Tribunal Constitucional estima el recurso de amparo al entender que la detención se había prolongado más tiempo del estrictamente indispensable, estableciendo: “*la detención preventiva esta constitucionalmente caracterizada por notas como su limitación temporal (que implica que ha de estar inspirada por el criterio del lapso temporal más breve posible), debiendo el detenido ser conducido sin dilación ni demora ante la autoridad judicial, existiendo tal limitación a*

⁴⁴⁹ STC 169/2001, de 16 de julio (RTC 2001, 169).

⁴⁵⁰ STC 224/2002, de 25 de noviembre (RTC 2002, 224). Esta sentencia recoge, a su vez, la doctrina constitucional anterior reflejada, principalmente, en las SSTC 31/1996, de 27 de

fin de ofrecer una mayor seguridad de los afectados por la medida, evitando así que existan privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada, operando en la detención preventiva dos plazos, uno relativo, que consiste en el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, debiendo para fijar tal plazo tenerse en cuenta las circunstancias del caso y el fin perseguido por la medida de privación de libertad, la actividad de las autoridades implicadas y el comportamiento afectado por la medida; y de otro absoluto, que presenta plena concreción temporal y está fijado en las 72 horas computadas desde el inicio de la detención, que no tiene que coincidir necesariamente con el momento en el cual el afectado se encuentra en dependencias policiales, pudiendo vulnerarse el artículo 17.2 CE por rebasar el plazo máximo absoluto de 72 horas o porque sin haber transcurrido ese plazo máximo absoluto, se traspasa el relativo, al no ser la detención ya necesaria por haberse realizado las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos y, sin embargo, no procederse a la liberación del detenido ni ponérsele a disposición judicial, siendo esto segundo lo ocurrido en este caso”⁴⁵¹.

V. CLASES DE DETENCIÓN

febrero, FJ 8 (RTC 1996, 31); 86/1996, de 21 de mayo, FJ 8 (RTC 1996, 86) y 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 3 (RTC 1998, 224).

⁴⁵¹ El Fundamento Jurídico 4º de la STC 224/2002 recoge: “...Al haberse acabado tales averiguaciones a las 17,57 horas del día 24 de diciembre, pero no ser puesto el detenido a disposición judicial hasta las 9 horas del día 25 de diciembre, careciendo de fundamento al haber finalizado a las 17,57 horas las averiguaciones que el detenido no fuera puesto a disposición judicial y vulnerando el artículo 17.2 CE al sobrepasar el límite máximo allí previsto”.

Podemos hacer distintas clasificaciones atendiendo a diversos criterios como son: (i) si la detención se produce dentro del proceso penal o fuera del mismo, podemos hablar de detenciones “propias” y detenciones “impropias” o especiales; (ii) atendiendo a quien acuerda o efectúa la detención, podemos distinguir entre detenciones policiales, judiciales o del Ministerio Fiscal, y (iii) atendiendo a la forma en que se realiza la misma, distinguimos entre detención comunicada o incomunicada.

1. DETENCIONES ESPECIALES Y DETENCIONES PROCESALES

La detención, en sentido amplio, en cuanto situación de efectiva privación de libertad deambulatoria, puede deberse a una conducta ilícita, en ese caso es constitutiva de los delitos previstos y penados en los artículos 529 a 533 del Código Penal; o a una conducta lícita; y así, dentro de la licitud, la detención puede ir dirigida al cumplimiento de fines propios del proceso penal, en concreto como medida cautelar; o pueden asegurar otros fines ajenos al proceso penal, pero también lícitos y previstos en el artículo 5.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Estas últimas son denominadas “*detenciones impropias o especiales*”⁴⁵², y en concreto, se refieren: el arresto del quebrado; la detención de los menores de edad; el internamiento de enajenados mentales; los tratamientos sanitarios, la detención gubernativa en los estados de excepción, alarma y sitio, el arresto militar como sanción disciplinaria y la detención de extranjeros.

⁴⁵² MORENO CATENA, V., *Proceso penal...*, cit., tomo V, pág. 1551.

A) Detenciones especiales

Vamos a examinar más detenidamente cada una de las medidas de privación de libertad acordadas fuera del proceso penal.

a) El arresto del quebrado

Actualmente viene regulada en la Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, Concursal, que entró en vigor el 1 de septiembre de 2004. En relación a esta medida, y en orden a la adecuada comprensión vamos a examinar la legislación precedente y el tratamiento jurisprudencial y valoración constitucional de la medida restrictiva de derechos que es el arresto del quebrado, todo ello por marcar las pautas de la legislación vigente. En la legislación precedente la única limitación de derechos fundamentales que se contemplaba era el arresto del quebrado que restringía, cuando no anulaba, la libertad ambulatoria del quebrado y que se podía adoptar en el auto de declaración de quiebra.

El arresto del quebrado estaba regulado en el artículo 1044.2 del Código de Comercio de 30 de mayo de 1829 y en los artículos 1335, 1336 y 1340 de la LEC de 1881, que establecían tres ámbitos de actuación. En primer lugar, siempre era precisa la prestación de fianza, lo que suponía que si se abonaba la fianza, el arresto era domiciliario y si no se pagaba era carcelario. En segundo lugar, la cantidad y calidad de la fianza, las obligaciones del fiador y el modo de hacer efectiva la fianza se regulaban por remisión a la LECRIM. En tercer lugar, la llamada soltura del quebrado o la concesión de salvoconducto estaba condicionada a que el comisario diera cuenta al Juez de la conclusión de la diligencia de

ocupación y examen de los libros y documentos del quebrado. Partiendo de este diseño normativo, la Jurisprudencia estableció criterios de interpretación restrictiva del alcance de la fianza y de sus consecuencias⁴⁵³. Desde un primer momento se dudó de su constitucionalidad toda vez que el artículo 11 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos dispone que “*nadie será encarcelado por el solo hecho de no poder cumplir una obligación contractual*”. El Tribunal Constitucional valoró la posible inconstitucionalidad de los artículos 1335 y ss de la LEC de 1881 y del artículo 1044 del Código de Comercio de 1829 en la STC 178/1985⁴⁵⁴, que podemos considerar como una “sentencia interpretativa”, en cuya virtud no se declaran inconstitucionales los preceptos analizados, pero se fijan las pautas concretas para su interpretación y aplicación.

Estas pautas se reflejan, en primer lugar, al establecer que si se interpretan los preceptos dubitados como una habilitación al Juez para que motivadamente pueda adoptar la medida de restricción de libertad para proteger los derechos de los acreedores que la justifican, puede considerarse compatible con el derecho a la presunción de inocencia. Esta pauta interpretativa queda reflejada en el contenido potestativo de las medidas restrictivas de derechos fundamentales y en su carácter motivado del artículo 1 LO 8/2003. En segundo lugar, la sentencia referida indica

⁴⁵³ Podemos citar como resoluciones relevantes: Respecto a la duración de la medida y su condicionamiento a la diligencia de ocupación: Auto de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 4ª, de 2 de noviembre de 2000; Autos de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2ª, de 20 de julio de 1998 y 16 de junio de 1998 y Auto de la Audiencia Provincial de Lérida, Sección 2ª, de 1 de julio de 1999. Respecto a la proporcionalidad de la medida: Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 14 de abril de 2000. Respecto a la prestación de fianza: Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 11 de diciembre de 1998. Todas ellas mencionadas y comentadas por CARRERAS MARAÑA, J.M., *Efectos del Concurso sobre los derechos fundamentales del concursado. Análisis del artículo primera de la LO 8/2003, de 9 de julio*, en Estudios de Derecho Judicial num. 54/2004.CGPJ. 2004, págs.241 a 300.

⁴⁵⁴ STC 178/1985, de 19 de diciembre (RTC 1985, 178).

que debe de excluirse el arresto carcelario⁴⁵⁵. En tercer lugar, se consagra el carácter de la necesaria idoneidad de la medida y su limitación temporal a los fines del proceso concursal⁴⁵⁶. Con estos criterios de interpretación se elimina el automatismo en la aplicación del arresto del quebrado y se consideran compatibles los artículos 1044 del Código de Comercio antiguo, y los artículos 1333, 1335 y 1340 de la LEC de 1881 con los artículos 17.1 y 24.2 CE.

Asimismo, el Tribunal Constitucional ha afirmado que la medida de arresto carcelario resulta desproporcionado en relación con el objetivo que se persigue en este tipo de procesos y que no es otro que lograr que el quebrado esté personalmente disponible para cuando el proceso de quiebra demande y que tal finalidad puede lograrse con menor daño mediante el arresto domiciliario, pero considera acertada, desde el punto de vista constitucional, la restricción de libertad que supone el arresto del quebrado en su propio domicilio, decretado de manera motivada por el Juez civil y por el tiempo necesario para asegurar la finalidad de la quiebra⁴⁵⁷. Por otra parte, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su artículo 5.1.b) establece que puede autorizarse la privación de libertad “*por desobediencia de una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley*”, por lo que con base en tal norma se

⁴⁵⁵ Establece la STC 178/1985 al respecto: “...Cuando el arresto se convierte en carcelario, subordinado a la disponibilidad económica de una fianza, excede manifiestamente de esa proporcionalidad entre el objetivo y la medida adoptada. En este sentido el arresto carcelario es incompatible con el artículo 17.1 CE, pero no lo es la restricción de libertad que supone el arresto del quebrado en su propio domicilio por el tiempo indispensable para asegurar la finalidad del proceso de quiebra”.

⁴⁵⁶ La STC 178/1985 establece: “La duración de la privación de libertad en que consiste el arresto del quebrado debe ser, tan sólo, la que se considere indispensable para conseguir la finalidad con que se ha decretado y lograda esta finalidad, resultaría contrario al artículo 17.1 CE la privación de libertad”.

⁴⁵⁷ STC 178/1985, de 19 de diciembre. (RTC 1995, 178), y Auto del Tribunal Constitucional de 23 de abril de 1986.

podrían regular otros supuestos de privación de libertad para garantizar el cumplimiento de obligaciones, bien por desobediencia a un mandato judicial, bien por incumplimiento de una carga procesal. En algunos ordenamientos europeos se regulan supuestos de esta naturaleza⁴⁵⁸.

Partiendo de estas premisas constitucionales, la actual regulación del arresto del quebrado en la LO 8/2003 sigue el criterio de que el quebrado mantiene en su integridad los derechos fundamentales de la persona regulados en los artículos 15 y ss CE. Existe una reserva expresa en la Ley Orgánica para la limitación de los derechos fundamentales en relación con las comunicaciones del concursado, con la inviolabilidad de su domicilio y con el derecho de residencia y circulación. En lo que nos interesa, referido a la medida restrictiva de la libertad ambulatoria, la ley Concursal establece una especie de “confinamiento” en la población del domicilio del deudor, sin poder desplazarse, ni salir de ella⁴⁵⁹. Asimismo, se regula el arresto con un carácter subsidiario y únicamente en los supuestos legalmente tasados. Esta posibilidad de arresto está sujeta a los siguientes presupuestos: 1.º Que el deudor no cumpla con el deber de residencia; 2.º Que existan razones fundadas para temer que pudiera incumplir el deber de residencia. Ello supone que en ningún caso será posible un arresto carcelario, ni la exigencia de ningún tipo de fianza para eludir el arresto. Este arresto siempre será domiciliario y subsidiario para el caso de

⁴⁵⁸ Contempt of Court del derecho anglosajón para asegurar la efectividad de la sentencia y Eintswelige Verfusagungen en el derecho alemán para garantizar el cumplimiento de cargas procesales tales como la obligación del deudor de manifestar sus bienes a la autoridad judicial, que se castiga en caso de incumplimiento con arresto de hasta seis meses.

⁴⁵⁹ Esta medida se parece a la nueva pena introducida en el CP por la reforma de LO de 25 de noviembre de 2003, denominada “localización permanente”(artículo 35 CP). Aunque son medidas diferentes, pues en un caso es una medida civil para asegurar el buen fin del concurso, y en otro es una pena criminal, sin embargo tienen en común que en ambos casos se afecta al derecho fundamental de la libertad de residencia y que se concreta en la localización y control judicial del concursado a resultas del proceso.

incumplimiento o de temor fundado de incumplimiento del deber de residencia⁴⁶⁰.

Asimismo procede considerar que no es preciso adoptar garantías complementarias para asegurar el cumplimiento del deber de residencia (como podría ser la retirada del pasaporte del concursado y la prohibición de salida de España), pues en la norma se establece que si se incumple ese deber o existen razones fundadas para temer que pudiera incumplirse, se acordará el arresto domiciliario, con lo que en el auto fijando el deber de residencia habrá que incluir un requerimiento al deudor de que si lo incumple podrá ser puesto en arresto domiciliario⁴⁶¹.

b) Detención de menores

Según el artículo 5.1.d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos sólo puede practicarse para “*vigilar su educación o para hacerle comparecer ante la autoridad competente*”. En nuestro ordenamiento, el artículo 154, párrafo último del Código Civil⁴⁶² permite que los padres recaben el auxilio de la autoridad en el ejercicio de la patria potestad, y en

⁴⁶⁰ Conforme a la STC 24/2000, de 31 de enero, FJ 4 (RTC 2000, 24): “*la regulación específica en el ámbito mercantil de la limitación del derecho de libre circulación del concursado y la fijación precisa de los presupuestos para su adopción, es acorde con el requisito inexcusable de su habilitación legal en alguna ley interna o en algún tratado internacional suscrito y ratificado por España, que constituye el presupuesto esencial de su legitimidad constitucional y de respeto de los artículos 12 y 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconocen el derecho a la libre circulación de las personas que se hallan legalmente en el territorio del Estado*”.

⁴⁶¹ En ese sentido opina CARRERAS MARAÑA, J.M., *Efectos del concurso sobre los derechos fundamentales del concursado...*, cit., pág. 277.

⁴⁶² El artículo 154 CC establece: “*Los hijos no emancipados están bajo la potestad del padre y de la madre. La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y comprende los siguientes deberes y facultades: 1ª. Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral (...). Los padres podrán en el ejercicio de su potestad recabar el auxilio de la autoridad (...)*”. Por tanto, para que los padres puedan tener a su hijos en su compañía podrán solicitar el auxilio

concreto es posible la detención de los menores huidos para reintegrarlos al domicilio de quien ejerce la patria potestad; pero no regula de manera específica de qué forma puede llevarse a efecto, por lo que existe un vacío normativo que conduce a la inseguridad jurídica, puesto que no se arbitran medidas para el ejercicio de esta importante potestad judicial. Otros supuestos de privación de libertad se encuentran en las medidas necesarias para llevar a efecto la tutela de menores desamparados, medidas que tienen cobertura legal y están bajo la correspondiente tutela judicial *a posteriori* (artículos 174 y concordantes del Código Civil).

c) Internamientos de enajenados mentales

El artículo 211 del Código Civil permitía este internamiento⁴⁶³ hasta que fue derogado por la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000, que regula el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico en el artículo 763, prácticamente en los mismos términos que la anterior regulación⁴⁶⁴. Este tipo de internamientos ha sido declarado

de la Autoridad en la búsqueda y detención del huido con el fin de reintegrarlo al domicilio familiar.

⁴⁶³ El artículo 211 del Código Civil disponía: “*El internamiento por razón de trastorno psíquico de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad, requerirá autorización judicial. Esta será previa al internamiento, salvo que razones de urgencia hiciesen necesaria la inmediata adopción de la medida, de la que se dará cuenta cuanto antes al Juez y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas. El internamiento de menores se realizará en todo caso en un establecimiento de salud mental adecuado a su edad, previo informe de los servicios de asistencia al menor*”.

⁴⁶⁴ El artículo 763 LEC establece “*El internamiento por razón de trastorno psíquico, de una persona que no esté en condiciones de decidirlo por sí, aunque esté sometida a la patria potestad o a tutela, requerirá autorización judicial, que será recabada del tribunal del lugar donde resida la persona afectada por el internamiento.*

La autorización será previa a dicho internamiento, salvo que razones de urgencia hicieren necesaria la inmediata adopción de la medida. En este caso, el responsable del centro en que se hubiere producido el internamiento deberá dar cuenta de éste al tribunal competente lo antes posible y, en todo caso, dentro del plazo de veinticuatro horas, a los efectos de que se proceda a la preceptiva ratificación de dicha medida, que deberá efectuarse en el plazo máximo de setenta y dos horas desde que el internamiento llegue a conocimiento del tribunal”.

constitucional en STC 104/1990⁴⁶⁵, que establece que la garantía judicial se cumple no sólo mediante la correspondiente resolución motivada sino por el cumplimiento de los siguientes presupuestos: Dictamen pericial médico acreditativo de la existencia real de perturbación mental; gravedad suficiente que justifique el internamiento y finalización del internamiento caso de que no persista la perturbación que dio lugar al mismo. En nuestro ordenamiento tales finalidades se cumplen con el reconocimiento judicial, el informe médico forense y el control periódico de los internamientos, caso de que persistan en el tiempo⁴⁶⁶.

d) Detención por tratamientos sanitarios obligatorios

La posibilidad de internamientos o tratamientos obligatorios por razones de política sanitaria tiene su fundamento legal en la Ley Orgánica 3/1986, de 14 de abril, de medidas especiales en materia de salud pública, y en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (artículos 2 y 3 de la LO 3/1986 en relación con los artículos 26, 28 y 32 de la Ley General de Sanidad)⁴⁶⁷. Su regulación no contraviene los tratados internacionales, puesto que el Convenio Europeo de Derechos Humanos en el artículo 5.1.e) prevé la privación de libertad a una persona susceptible de propagar

⁴⁶⁵ STC 104/1990, de 4 de junio (RTC 1990, 104).

⁴⁶⁶ Vid. también a este respecto CUTILLAS TORN, J.M., *Consideraciones sobre el internamiento de presuntos incapaces*. La Ley, núm. 1879, enero 1988, pág. 1; FERNÁNDEZ ENTRALGO, J., *Medidas privativas de libertad y restrictivas de la libertad del enfermo mental en el proceso penal*. La Ley, 1980, pág. 2.

⁴⁶⁷ No se habla en estos artículos expresamente de la privación de la libertad ambulatoria de aquel que, al menos presuntamente, sea portador de una enfermedad infecto-contagiosa que entrañe un riesgo para la salud pública extraordinario e inminente, si bien tal medida puede encontrar acogida en el artículo 26 cuando alude a la “intervención de medios personales”. Tampoco se dice nada acerca de una actuación judicial que supervise tales supuestos, sólo se refiere a la autoridades sanitarias. El artículo 1 de la LO 3/1986 destaca que la limitación de la libertad de las personas con riesgo para su salud tiene por objeto proteger la salud pública y

una enfermedad contagiosa o en los casos de enajenados mentales, alcohólicos, toxicómanos o vagabundos. Aunque no está expresamente previsto un control judicial deben aplicarse por analogía normas sobre internamientos de enfermos mentales, por lo que el control judicial puede ser previo o posterior y corresponde al Juez de Primera Instancia (artículo 22 LOPJ)⁴⁶⁸.

e) La detención gubernativa en estados de excepción, alarma y sitio

El artículo 55 CE establece la posibilidad de suspender, entre otros, algunos de los derechos que reconoce el artículo 17 CE cuando han sido declarados los estados de excepción o de sitio. Concretamente, el artículo 16 de la Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, que regula los estados de excepción, alarma y sitio permite la detención de cualquier persona si lo estima necesario para la conservación del orden por la autoridad gubernativa que deberá ser comunicada al Juez en el plazo de 24 horas, quien está facultado para conocer la situación de los detenidos, y no podrá exceder de diez días⁴⁶⁹.

f) El arresto militar como sanción disciplinaria

La posibilidad de que un órgano jurisdiccional especial pueda adoptar resoluciones privativas del derecho de libertad, ha de ser absolutamente rechazado desde el momento en que ha sido proscrito por el

prevenir su pérdida o deterioro. Tampoco en esta LO se prevé intervención judicial alguna, ni el contenido concreto de los sistema de control, ni su duración.

⁴⁶⁸ Las omisiones legales sobre el sistema de control y duración de las privaciones de libertad permite hablar de una vulneración del derecho fundamental del artículo 17 CE. En este sentido BANACLOCHE PALAO, J., *La libertad personal...*, cit., pág. 460.

artículo 117.5 CE, precepto que tan sólo legitima la subsistencia de la jurisdicción militar, siempre y cuando se ciña al ámbito estrictamente castrense o actúe bajo los supuestos de estado de sitio, ámbito o fuero militar que desde siempre se ha configurado en atención a la materia, lugar y persona, debiendo, consecuentemente, limitarse a conocer de los delitos que atenten a la disciplina castrense, cometidos dentro de los cuarteles y en actos de servicio tan sólo respecto a los militares⁴⁷⁰.

Esta posibilidad de privación de libertad como sanción disciplinaria por la Administración militar está regulada en los artículos 10 y 18 de la LO 12/1985, de 27 de noviembre, de Régimen Disciplinario de las Fuerzas Armadas, y en la LO 11/1991, de 17 de junio, de Régimen Disciplinario de la Guardia Civil (artículos 10, 13 y 18.2). Las sanciones disciplinarias que de forma directa afectan al derecho fundamental a la libertad ambulatoria son: privación de salida de la Unidad y arresto en el domicilio, en la Unidad o en establecimiento disciplinario militar. La intervención jurisdiccional puede realizarse *a posteriori* mediante el proceso contencioso-disciplinario.

Como tal privación de libertad, impuesta por la Administración militar, está permitido el procedimiento de *Habeas Corpus* como garantía constitucional⁴⁷¹.

g) *Detención de extranjeros*

⁴⁶⁹ Consultar sobre la materia CRUZ VILLALÓN, P., *Estados excepcionales y suspensión de garantías*. Madrid. 1984, págs. 143 y ss.

⁴⁷⁰ La STC 75/1982, de 13 de diciembre (RTC 1982, 75), determina qué ha de entenderse por ámbito estrictamente castrense y la STC 93/1986, de 7 de julio (RTC 1986, 93), se refiere al tratamiento del *habeas corpus* en la jurisdicción militar.

⁴⁷¹ STC 106/1992, de 1 de julio (RTC 1992, 106); STC 1/1995, de 10 de enero (STC 1995, 1); STC 113/1995, de 6 de julio (RTC 1995, 113); STC 209/2000, de 24 de julio (RTC 2000, 209).

La detención de los extranjeros como consecuencia de un expediente administrativo de expulsión venía regulada en el artículo 26.1 de la LO 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, al regular la expulsión de los extranjeros que puede dar lugar a la detención del mismo. Posteriormente queda derogado por la LO 4/2000, reformada por LO 8/2000, que establece la detención como medida cautelar (artículo 61). Esta privación de libertad también tiene su fundamento en los tratados internacionales, en concreto el artículo 5.1 del Convenio Europeo Derechos Humanos permite la detención e internamiento de extranjeros que se encuentren de manera ilegal en alguno de los Estados firmantes del Tratado. Según el Tribunal Constitucional las detenciones impuestas en materia de extranjería están protegidas por el proceso de *Habeas Corpus*, y su lesión vulnera el derecho fundamental a la libertad del artículo 17.1 CE⁴⁷². Esta medida de privación de libertad será objeto de estudio específico en otro apartado.

B) Detenciones procesales

Dentro de las detenciones lícitas que se producen en el proceso penal se pueden distinguir entre detenciones, en sentido amplio, que son medidas cautelares, de aquéllas otras que van dirigidas al cumplimiento de una obligación impuesta por ley o al cumplimiento de deberes procesales, como puede ser atender a un llamamiento judicial.

La LECRIM prevé una detención para testigos y peritos en los artículos 420 y 463. La conducción a presencia judicial, a diferencia de la

⁴⁷² STC 115/1987, de 7 de julio, FJ 1 (RTC 1987, 115); STC 86/1996, de 21 de mayo, FJ 12 (RTC 1996, 86); STC 174/1999, FJ 6 (RTC 1999, 174); STC 179/2000, de 26 de junio, FJ 5 (RTC 2000, 179).

detención del imputado, sólo puede ser acordada por el Juez y tiene como único objeto lograr la colaboración de éstos en el correspondiente proceso. La detención en estos casos se produce por el incumplimiento de una obligación procesal, no en la comisión de un posible delito. La privación de libertad en este supuesto no tiene más finalidad que lograr la comparecencia, por lo que no se hace precisa, en principio, ni la intervención de Abogado, ni la información de derechos. La declaración que presta no es en calidad de imputado, sino como testigo o perito, por lo que inmediatamente que se produzca la práctica de la correspondiente diligencia, el testigo o perito debe ser puesto en libertad.

A las detenciones en sentido amplio que se dan en el proceso penal les podemos denominar detenciones *imputativas o preventivas*, y como medida cautelar necesitan de los presupuestos típicos de las medidas cautelares antes mencionados.

Podemos definir la detención imputativa como la privación de libertad que trae su causa de la comisión de un hecho delictivo y que tiende a asegurar un posible pronunciamiento condenatorio, teniendo como fin inmediato la puesta a disposición del detenido.

Además de los supuestos de detención dentro del proceso penal mencionados, la LECRIM enumera también otra clase de detenciones de naturaleza no imputativa o cautelar sino como medida ejecutiva. En este caso la detención no tiene como destino garantizar una eventual ejecución futura, sino imponer la realización de una ejecución actual. Así pues, bajo el nombre de detención, regulada en los artículos 489 a 501 LECRIM, se tratan dos clases de medidas de privación de libertad. Por un lado, una detención como medida instrumental de un proceso de ejecución ya iniciado; por otro, una detención como medida cautelar con una

característica especial respecto a la instrumentalidad, y es que se refiere no a la sentencia, sino a una posible prisión provisional, de ahí que a veces se le pueda denominar medida precautelar.

Así lo dispone el artículo 490, apartados 3, 4, 5 y 7 LECRIM⁴⁷³, en los supuestos de fuga del centro donde se estuviere cumpliendo condena o el condenado que esté en rebeldía. En esos casos tiene que haber sido dictada sentencia firme condenatoria. La detención de un sujeto que se encuentra en alguno de los apartados anteriores va a suponer la puesta a disposición del Juez que hubiere ordenado la detención y éste ordenará su traslado al lugar donde deba cumplir la condena. La puesta a disposición del detenido a la autoridad judicial ha de efectuarse de forma inmediata, debiendo durar la detención el tiempo imprescindible para trasladar el detenido hasta el Juzgado o Tribunal que hubiera ordenado su detención, aunque si esto no fuera posible, se entregará al Juez de guardia, que se encargará de practicar las gestiones oportunas. En estos supuestos la detención llevada a cabo no comporta la naturaleza de medida cautelar sino medida de ejecución, cuyos presupuestos van referidos al quebrantamiento por el condenado de una pena privativa de libertad y a su posible situación de rebeldía.

2. DETENCIÓN POLICIAL Y DETENCIÓN JUDICIAL

La detención como institución jurídica tiene una única regulación, pero es una situación que aparece en la práctica judicial de formas

⁴⁷³ El Artículo 490 LECRIM establece: “3. Al que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena.4.Al que se fugare de la cárcel en que estuviere esperando su tramitación al establecimiento penal o lugar en que deba cumplir la condena que se le hubiese impuesto por sentencia firme.5. Al que se fugare al ser conducido al establecimiento o lugar mencionado en el número anterior...7. Al procesado o condenado que estuviere en rebeldía”.

distintas. Se distinguen, según el sujeto que la acuerde o practique, distintas clases de detención: a) Detención judicial, adoptada por el Juez de Instrucción u otro Tribunal en el curso de un proceso penal (artículos 494 y 763 LECRIM)⁴⁷⁴; b) Detención policial, adoptada por las autoridades y funcionarios policiales (artículo 492 y ss LECRIM)⁴⁷⁵; c) Detención fiscal, adoptada por el Ministerio Fiscal (artículo 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y artículo 773.2 LECRIM)⁴⁷⁶, y d) Detención por particulares, cuando es cualquier persona, no autoridad, quien la practica (artículo 490 LECRIM)⁴⁷⁷.

La regulación de la detención preventiva en la LECRIM se hace como una medida cautelar esencialmente atribuida a la policía judicial y excepcionalmente a los particulares⁴⁷⁸. Todas las garantías y previsiones

⁴⁷⁴ Establece el artículo 494 LECRIM: “Dicho Juez o Tribunal acordará también la detención de los comprendidos en el artículo 492, a prevención con las Autoridades y agentes de Policía judicial”.

⁴⁷⁵ Artículo 492 LECRIM: “La Autoridad o agente de Policía judicial tendrá obligación de detener: 1ª. A cualquiera que se halle en alguno de los casos del artículo 490. 2ª. Al que estuviere procesado por delito que tenga señalada en el Código pena superior a la prisión correccional. 3ª. Al procesado por delito a que esté señalada pena inferior, si sus antecedentes o las circunstancias del hecho hicieren presumir que no comparecerá cuando fuere llamado por la Autoridad judicial. Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior al procesado que preste en el acto fianza bastante, a juicio de la Autoridad o agente que intente detenerlo, para presumir racionalmente que comparecerá cuando le llame el Juez o Tribunal competente. 4ª. Al que estuviere en el caso del número anterior, aunque todavía no se hallase procesado, con tal que concurren las dos circunstancias siguientes: 1ª Que la Autoridad o agente tenga motivos racionalmente bastantes para creer en la existencia de un hecho que presente los caracteres de delito. 2ª. Que los tenga también bastantes para creer que la persona a quien intente detener tuvo participación en él”.

⁴⁷⁶ El artículo 773, 2 LECRIM establece: “El Ministerio Fiscal podrá hacer comparecer ante sí a cualquier persona en los términos establecidos en la Ley para la citación judicial, a fin de recibirle declaración, en la cual se observarán las mismas garantías señaladas en esta Ley para la prestada ante el Juez o Tribunal”.

⁴⁷⁷ El artículo 490 LECRIM dice: “Cualquier persona puede detener 1ª. Al que intentare cometer un delito en el momento de ir a cometerlo. 2ª. Al delincuente “in fraganti”...”.

⁴⁷⁸ La LECRIM no regula con claridad suficiente los supuestos de detención, ni distingue sus distintas modalidades. Es asistemática y obsoleta. Además, la Ley no especifica de forma ordenada los presupuestos generales de esta medida restrictiva de la libertad, ni refiere los principios que cabe deducir de su relevancia constitucional (PORRES ORTÍZ DE URBINA, E., *Medidas cautelares en el orden penal*, cit., pág. 137).

contenidas en el artículo 17.2, 3 y 4 CE se dirigen a la detención practicada por la Policía Judicial o incluso por un particular y a la dispuesta por el Ministerio Fiscal, pero en ningún caso a la detención acordada por el Juez. Asimismo, los preceptos de la LECRIM se basan en la idea de que los particulares o la Policía Judicial practiquen la detención o que el Ministerio Fiscal la ordene a prevención de lo que luego el Juez decida una vez que la persona del detenido se ponga a su disposición. Así, en concreto, el apartado 2 del artículo 17 CE se refiere a una detención que termina por la libertad de la persona detenida o por su entrega al Juez; el apartado 3, alude expresamente a las diligencias policiales, y el apartado 4, prevé el procedimiento de *Habeas Corpus* para producir la puesta a disposición judicial del detenido. Ningún precepto se refiere a la detención acordada por el Juez.

Por otra parte, la posibilidad judicial de acordar la detención de una persona, referida en el artículo 763 LECRIM⁴⁷⁹, no comporta ninguna modificación del régimen jurídico anterior, toda vez que siendo el procedimiento abreviado un procedimiento de investigación delictiva, y estando referido el artículo 763 a las medidas cautelares, lo que comporta es una remisión a las previsiones de los números 1º, 2º, 3º y 7º del artículo 490 y a todas las del artículo 492 del procedimiento ordinario.

Cuando la detención sea policial podemos distinguir tres momentos en los que se puede realizar: a) no existiendo causa penal pendiente contra el sujeto detenido (artículo 492 núm. 1 en relación con el artículo 490

⁴⁷⁹ El artículo 763 ha sido reformado por Ley 38/2002, de 24 de octubre de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado, con entrada en vigor el 28 de abril de 2003, establece: "*El Juez o Tribunal podrá acordar la detención o cualesquiera medidas privativas de libertad o restrictivas de derechos en los casos*

núms. 1 y 2; y 492 núm. 4)⁴⁸⁰; b) pendiente una causa (artículo 492 núm. 1 en relación con el 490 núms. 6 y 7 y el 492 núms. 2 y 3)⁴⁸¹; y c) finalizada la causa (artículo 492 núm. 1 en relación con el 490 núms. 3, 4, 5 y 7)⁴⁸².

En la detención judicial también se pueden distinguir varios supuestos: a) Puede decretarse *ex novo* por el órgano jurisdiccional, en la incomparecencia sin causa legítima a la citación cautelar, (artículo 487)⁴⁸³; b) dictarse para la imputación a persona determinada, (artículo 494); c) dictarse a consecuencia del ejercicio de policía de estrados, (artículo 684.3); y d) dictarse como prolongación de una detención realizada por los particulares o por la policía.

3. DETENCIÓN COMUNICADA Y DETENCIÓN INCOMUNICADA

en que procedan conforme a las reglas generales de esta Ley. Las actuaciones que motiven la aplicación de estas medidas se contendrán en pieza separada”.

⁴⁸⁰ Este precepto obliga a la detención del delincuente “*in fraganti*” y del que intentare cometer un delito en el momento de ir a cometerlo y está especialmente dirigido a los agentes policiales dado que a ellos les corresponde su aplicación en la fase pre-procesal. Plantea el problema de detención en supuestos de actos preparatorios, pues en el CP sólo son punibles en los casos especialmente establecidos (Artículos 17.3 y 18.2 LO 10/1995). La cuestión no tiene fácil solución porque si bien la evidencia externa de la acción criminal deber ser motivo determinante de la detención, la acción policial debe ir encaminada a evitar la comisión del delito, por lo que esa finalidad puede servir de base a una detención.

⁴⁸¹ En este supuesto se comprenderían: la detención del procesado (artículo 492.2 y 3); la detención de imputado (artículo 492.4); la detención en rebeldía (artículos 490.7 y 492.1); y la detención por faltas (artículo 495).

⁴⁸² En este supuesto se comprende la detención en caso de fuga (artículo 490, apartados 3 a 6 y 490.1). Se prevé la detención del que se fugare del establecimiento penal en que se halle extinguiendo condena, del que se fugare de la cárcel esperando su traslado, del que se fugare al ser conducido y del que se fugare estando detenido o preso por causa pendiente. En todos estos casos el denominador común es la fuga del preso o detenido del lugar de detención.

⁴⁸³ Si se ordena la citación y el imputado no comparece el Juez instructor puede ordenar la detención judicial (artículo 487). La norma procesal no es imperativa y permite al Juez decidir en atención a las circunstancias, si procede una nueva citación o, por el contrario, la detención. La detención prevista en este artículo sólo puede acordarse cuando tal citación tiene por objeto prestar declaración y es dudoso que se puede aplicar a las faltas.

Otra clase o modalidad de detención que se puede dar en un proceso penal es la que distingue entre detención comunicada o incomunicada. La detención comunicada será la regla general o modalidad común que va a afectar a la mayor parte de las personas detenidas por razón de delito. La incomunicación del detenido puede adoptarse por la Policía cuando el detenido se halle bajo la custodia de éste, solicitando al Juez de Instrucción que dicte el correspondiente auto. Cuando el detenido pase a disposición del Juez de Instrucción, éste podrá acordar la incomunicación mediante auto motivado. En ambos supuestos no se leerán los fundamentos del auto de incomunicación al notificarlo (artículo 408 LECRIM). Durante el tiempo que dure la detención, el privado de libertad podrá ejercitar los derechos reconocidos en la LECRIM. (artículos 520 a 527), como son: derecho a la asistencia médica (artículo 520.2.f); derecho a permanecer separado de otros detenidos de diferente sexo, teniendo en cuenta el grado de educación y edad del detenido y naturaleza del delito que se impute (artículo 521); derecho a procurarse las comodidades compatibles con la detención (artículo 522); derecho a ser asistido por ministro de su religión, visitado por parientes y comunicar con su abogado (artículo 523); derecho a ser autorizado por el Juez para utilizar medios de comunicación y correspondencia (artículo 524); derecho a que no se adopte medida extraordinaria de seguridad, salvo desobediencia, violencia o intento de fuga (artículo 525), y derecho a ser respetado en su honor y dignidad por los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad que le haya detenido (artículo 5.3, b) LO Fuerzas y Cuerpos de Seguridad).

La detención incomunicada presenta unas especialidades frente a la detención común o comunicada. Está regulada en los artículos 506 a 511, 527, 407 y 408 LECRIM. La duración de la incomunicación ha de ser el

tiempo imprescindible (artículo 506), sin que por regla general la incomunicación se prolongue por más de cinco días. Se podrá acordar además una segunda incomunicación cuando existan méritos bastantes para ello, que no podrá durar más de tres días y que tendrá que ser acordada por el Juez que conozca de la causa⁴⁸⁴.

Cuando se acuerde la incomunicación del detenido, los derechos de comunicación y asistencia letrada se verán afectados, tal como establece el artículo 527 LECRIM. En concreto, la incomunicación surte los siguientes efectos respecto al privado de libertad: (i) No podrá entregar o recibir cartas o documentos sino a través del conducto judicial, que se enterará del contenido de las mismas; (ii) Tampoco podrá entrevistarse de manera reservada con su Abogado, que en todo caso será siempre designado de oficio, impidiéndose que se designe abogado de confianza (artículo 527 a, c.)⁴⁸⁵; (iii) Tiene prohibido entrevistarse con familiar o persona a la que tiene derecho a comunicar la detención y lugar de custodia (artículo 527, b).

La incomunicación tiene como finalidad garantizar o completar el resultado de la investigación, impidiendo las confabulaciones del imputado con terceras personas y la ocultación y destrucción de pruebas, por tanto, con la incomunicación se limita al detenido de su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE), con el objeto de

⁴⁸⁴ Conforme al artículo 506 LECRIM, siendo cinco días el período máximo de la primera incomunicación, el detenido debe encontrarse ya a disposición judicial cuando finalice el plazo. La incomunicación que se acuerde judicialmente durante la detención policial se va a mantener hasta la puesta del detenido a disposición judicial, a fin de que el Juez, visto el atestado, acuerde el levantamiento de la medida o su prórroga conforme al artículo 508.

⁴⁸⁵ La exclusión del defensor de elección se puede considerar como medida limitadora del derecho a la defensa técnica, en ese sentido, GÓMEZ COLOMER, J.L., (*La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, Barcelona, 1988, pág. 91 y ss.) ha señalado que es una limitación inconstitucional del derecho de defensa. Véanse las justificaciones que ofrece en la obra citada, pág. 96.

garantizar los fines de la instrucción. Sin embargo, el detenido a pesar del aislamiento del exterior, podrá asistir con las precauciones debidas a las diligencias periciales que le dé intervención la LECRIM, siempre que ello no desvirtúe el objeto de la incomunicación (artículo 506).

La doctrina constitucional ha fijado unas exigencias, respecto a la motivación de las resoluciones judiciales que acuerdan la incomunicación de los detenidos, contenidas en STC 127/2000⁴⁸⁶, que establece: *“las resoluciones que acuerdan la incomunicación de los detenidos deben contener los elementos necesarios para poder sostener que se ha realizado la necesaria ponderación de los bienes, valores y derechos en juego. Es ciertamente exigible la exteriorización de los extremos que afirman la ponderación judicial efectiva de un fin constitucionalmente legítimo, la adecuación e la medida para alcanzarlo y el carácter imprescindible de la misma (STC 55/1996, de 28 de marzo). También será necesario que consten como presupuesto de la medida los indicios de los que deducir la conexión de la persona sometida a incomunicación con el delito investigado, pues es un “prius” lógico del juicio de proporcionalidad (STC 49/1999, de 4 de abril). Ha de tenerse en cuenta que la finalidad específica que legitima la medida de incomunicación reside en conjurar los peligros de que el conocimiento del estado de la investigación por persona ajenas a ésta propicie que se sustraigan a la acción de la justicia culpables o implicados en el delito investigado o se destruyan u oculten pruebas de su comisión (STC 196/1987, FJ 7). De otra parte, la necesidad para alcanzar esta finalidad deriva de la especial naturaleza o gravedad de ciertos delitos, así como de las circunstancias objetivas y subjetivas*

⁴⁸⁶ STC 127/2000, de 16 de mayo, FJ 3 (RTC 2000, 127). En el mismo sentido STC 7/2004, de 9 de febrero, FJ 4 (RTC 2004, 7).

que concurren en ellos, de manera que todo ello puede hacer imprescindible que las diligencias policiales y judiciales dirigidas a su investigación sean practicadas con el mayor secreto (ATC 155/1999, FJ 4)”.

Cuando se adopte la medida de la incomunicación, al mismo tiempo que se notifica tal medida se notificarán los derechos del artículo 520 con las especialidades del artículo 527 LECRIM, ya se adopte durante la investigación policial, o por medio de auto del Juez de Instrucción⁴⁸⁷.

VI. LA DETENCIÓN DE EXTRANJEROS

Como hemos dicho, nuestro ordenamiento jurídico reconoce determinadas privaciones de libertad que van dirigidas a fines extraprocesales, que son ajenas al proceso penal, a las que denominamos detenciones especiales. Entre ellas destaca, y en lo que aquí nos interesa, la de los extranjeros que se encuentran ilegalmente en España.

Aunque la Constitución Española no recoge expresamente la posibilidad de detención en el ámbito de la legislación de extranjería, si lo hace el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en cuyo artículo 5.1 se establece: *“Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la Ley(...).f) Si se trata de la detención preventiva o del internamiento, conforme a derecho, de una persona para*

⁴⁸⁷ Hay que tener en cuenta que el artículo 531 CP tipifica el delito cometido por funcionario público o autoridad que, mediando causa por delito, decretare, prolongare o practicare la

impedir que entre ilegalmente en el territorio o contra la que esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición”⁴⁸⁸. También el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 establece, en su artículo 13, la posibilidad de expulsión de un extranjero que se encuentre ilegalmente en el territorio de un Estado, previa la adopción de una resolución de conformidad con las prescripciones legales y concediéndole el derecho a ser oído y de acceso a los recursos.

El régimen jurídico-constitucional de la retención de extranjeros y su expulsión debe partir, además, de la interpretación que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha hecho del apartado f) del artículo 5.1 CEDH. En ese sentido el TEDH ha precisado que la diferencia entre una simple retención, restrictiva de la libertad individual y su efectiva privación, a los efectos del artículo 5 CEDH, es de grado y no de naturaleza, ya que según el tipo de medida, su duración, efectos y forma de llevarse a la práctica, lo que inicialmente puede tener la apariencia de una simple restricción circunstancial de la libertad de movimientos de un extranjero, puede transformarse en una privación de libertad⁴⁸⁹.

incomunicación de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales.

⁴⁸⁸ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre estas detenciones de extranjeros, estableciendo que *“las detenciones o internamientos del artículo 5.1, f) CEDH sólo serán conformes al Convenio y por tanto, no se tratarán de privaciones de libertad prohibidas por él, cuando estén previstas y se regulen con claridad y precisión en una norma con rango suficiente (en el caso de España ha de ser por ley orgánica), siempre que dichas restricciones y su causa puedan someterse a control judicial, tengan fijado un tiempo máximo de duración y dispongan de otras garantías de índole legal y humanitario que aseguren a la víctima de semejante restricción de libertad el poder disponer de la información necesaria sobre su situación personal, contar con una adecuada asistencia jurídica y humanitaria, y unas condiciones dignas en el lugar en el que deba cumplir su confinamiento”* (STEDH, caso Amuur, de 25 de junio de 1996, caso Aksoy, de 18 de diciembre de 1996, y más reciente, caso Conka, de 5 de febrero de 2002).

⁴⁸⁹ Como por ejemplo cuando la medida restrictiva se extiende excesivamente en el tiempo, caso de la retención en un hotel de un aeropuerto por 20 días sufrida por un extranjero, STEDH, caso Amuur, de 25 de junio de 1996. El Tribunal se ha pronunciado en múltiples sentencias en relación a la detención con motivo de una extradición o expulsión, sin ánimo de

En esa línea de interpretación el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no tiene reparos al afirmar que debe reconocérsele a los Estados firmantes del Convenio Europeo su derecho a controlar la entrada, residencia y expulsión de los extranjeros dentro de su territorio, debiendo compatibilizarse el disfrute de los derechos que a éstos les reconoce el Convenio Europeo de Derechos Humanos, entre los que se encuentra el derecho a no ser privado de su libertad (artículo 5 CEDH), con las legítimas políticas de inmigración adoptadas por los distintos Estados parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁴⁹⁰.

1. DOCTRINA CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional ha creado una abundante doctrina tanto sobre la situación personal de los extranjeros retenidos en frontera, como sobre extranjeros que han permanecido ilegalmente en territorio español.

Esta doctrina ha sufrido una transformación a lo largo de los años. La primera sentencia que podemos considerar es la 98/1986⁴⁹¹ que afirma: *“...debe considerarse como detención cualquier situación en que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una*

ser exhaustivos, destacamos: En Sentencia de 19 de diciembre de 1986, caso Bozano contra Francia, referido a una expulsión que en realidad era una extradición encubierta, poniendo de manifiesto la irregularidad de la detención en el sentido requerido por el artículo 5.1, f del Convenio y su incompatibilidad con el derecho a la seguridad ya que se trataba de una medida de extradición encubierta destinada a burlar la decisión desfavorable de un Tribunal y no de una detención necesaria en el marco ordinario de un procedimiento de extradición.

En STEDH de 21 de octubre de 1986, caso “Sánchez Reisse” contra Suiza, se refiere al cumplimiento de otras de las garantías en la detención, en concreto, del respeto del principio de igualdad de armas, y del derecho a ser llevado ante un órgano judicial en breve plazo.

⁴⁹⁰ SSTEDH, caso “Moustaquin”, de 18 de febrero de 1991; Caso “Nasri”, de 13 de julio de 1995; caso “Chahal”, de 15 de noviembre de 1996; caso “Ahmed”, de 17 de diciembre de 1996; caso “Bouchelkia”, de 20 de enero de 1997; caso “Mehemi”, de 26 de septiembre de 1997.

⁴⁹¹ STC 98/1986, de 10 de julio, FJ 4.º (RTC 1986, 98).

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 que siendo admisible teóricamente la detención pueda producirse en el curso de una situación voluntariamente iniciada por la persona". Y así, la jurisprudencia del TC, desde la STC 115/1987, estima que la retención en frontera de extranjero mientras se resuelve su expediente de expulsión, devolución o retorno, o sobre la admisión de su petición de asilo, constituye una situación fáctica de pérdida de libertad de movimientos objeto del artículo 17.1 CE.

Las Sentencias 107/1984 y 99/1985⁴⁹² ya reconocían que el derecho fundamental a la libertad personal del artículo 17 CE era un derecho del ser humano que correspondía por igual a los españoles y extranjeros, sin que a estos efectos lo dispuesto en el artículo 13.1 alterase esa circunstancia. Además, esta libertad se debe reconocer en todo el territorio nacional, incluidos los puestos fronterizos y las "zonas internacionales" o lugares que disponen los Estados para el tránsito de viajeros, en ese sentido se sostiene por el TC respecto de los internamientos en las zonas de rechazados en los aeropuertos⁴⁹³, de los extranjeros peticionarios de asilo mientras se resuelve sobre la admisibilidad de su solicitud⁴⁹⁴, o de quienes han sido rechazados en frontera⁴⁹⁵.

A partir de los años 90, la doctrina evoluciona en el sentido de que la detención preventiva, sujeta a las garantías del artículo 17.2 y 3 CE, se liga

⁴⁹² STC 107/1984, de 23 de noviembre, FJ 3º (RTC 1984, 107); STC 99/1985, de 30 de septiembre, FJ 2º (RTC 1985, 99).

⁴⁹³ STC 174/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999, 174) y STC 24/2000, de 31 de enero (RTC 2000, 24).

⁴⁹⁴ STC 179/2000, de 26 de junio (RTC 2000, 179) y STC 53/2002, de 27 de febrero (RTC 2002, 53).

⁴⁹⁵ ATC 55/1996, de 6 de marzo (RTC 1996, 55 Auto).

necesariamente a un proceso penal⁴⁹⁶: “el detenido” es, en principio, el afectado por una medida cautelar de privación de libertad de carácter penal⁴⁹⁷. La detención preventiva para el TC ya no es una “pura situación fáctica” que no está necesariamente ligada a una decisión adoptada en el curso de un procedimiento, sino una situación fáctica cualificada por la circunstancia de ser el resultado de una decisión adoptada en el curso de un procedimiento penal⁴⁹⁸.

Quizás convenga recordar que no toda compulsión personal constituye detención preventiva, pues al margen de esta situación se encuentran otras situaciones jurídicas de sujeción o compulsión personal. Sin embargo, dado que esas otras medidas y situaciones administrativas también limitan la libertad del individuo (artículo 17.1 CE), sólo pueden tener lugar en los casos y en la forma previstos en la Ley y deben ser conformes con el principio de limitación temporal que se induce del artículo 17.2 CE. Como dice la STC 341/1993, la remisión a la Ley no

⁴⁹⁶ La STC 341/1993, de 18 de noviembre, (RTC 1993, 341) referente al artículo 20 de la LO 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana declara que el artículo en cuestión es compatible con la Constitución, que es uno de los casos a que se refiere el artículo 17.1 CE, pero añade que “*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 halla en disposición actual de cometer un ilícito penal o que hayan incurrido ya en una infracción administrativa, de modo que se trata de un instrumento únicamente 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.º), y en su fundamento jurídico 6.º: “*La medida no puede ser indefinida por lo que la diligencia de identificación ha de realizarse de manera inmediata y sin dilación alguna. No obstante, ello no significa que las garantías establecidas en los num. 2 y 3 del artículo 17 CE no deban ser tenidas en cuenta en otros casos de privación de libertad distintos a la detención preventiva*”.

⁴⁹⁷ Tal afirmación ha sido reiterada en la STC 179/2000, de 26 de junio, FJ 2.º (RTC 2000, 179). Así, en un caso de un extranjero peticionario de asilo en la situación de retención en frontera objeto del artículo 5.7 de la Ley de Asilo, afirmó que son situaciones personales de privación de libertad del artículo 17.1 CE, sin perjuicio de que puedan tenerse o no por “detenciones gubernativas”, del artículo 17.2 CE y por tanto beneficiarias de las garantías que dicho precepto establece, en particular, la duración máxima de 72 horas.

⁴⁹⁸ Así lo entienden la STC 174/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999, 174) y STC 53/2002, de 27 de febrero (RTC 2002, 53).

implica que el legislador “*quede habilitado para prever otras privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada, supuesto en el cual padecerían tanto la libertad como la seguridad de la persona*”.

Lo relevante en los supuestos de detención en frontera es la limitación de movimientos del extranjero⁴⁹⁹. Esta situación fáctica de privación de libertad sólo puede tener lugar en los casos y en la forma previstos en la ley, como dispone el artículo 17.1 CE. Hay que recordar que una retención policial, como una momentánea privación de libertad deambulatoria de una persona (como cuando un agente de policía solicita la documentación a un ciudadano), no puede calificarse en rigor de una privación de libertad a los efectos de lo dispuesto en el artículo 17 CE. Lo constitucionalmente decisivo es que el Estado pueda imponer coactivamente la restricción a la libertad de movimientos de una persona al margen de que ésta la acepte voluntariamente o no. Es irrelevante que el afectado acepte voluntariamente la restricción de su libertad deambulatoria⁵⁰⁰.

Partiendo del cambio de doctrina operado por la STC 341/1993, de que “*el detenido es el afectado por una medida cautelar de privación de libertad de carácter penal*”, la STC 174/1999⁵⁰¹ entiende que las restricciones a la libertad deambulatorio del extranjero sujeto a un expediente de retorno, expulsión o devolución constituyen privaciones de libertad sujetas al canon del artículo 17 CE. Pero esas privaciones de

⁴⁹⁹ La STC 174/1999 estima que cuando al extranjero se le retiene en frontera bajo la custodia y vigilancia de la autoridad administrativa competente se trata de un supuesto de “efectiva compulsión personal”.

⁵⁰⁰ La STC 341/1993, de 18 de noviembre, FJ 3.º (RTC 1993, 341) dice que una privación de libertad no deja de serlo por el mero hecho de que el afectado la acepte, haciendo suya la doctrina de la STEDH de 18 de junio de 1971, Caso de Wilde, Ooms y Versyp.

⁵⁰¹ STC 174/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999, 174) y reiterada en STC 179/2000, de 26 de junio (RTC 2000, 179).

libertad sólo constituyen una forma de detención preventiva de los artículos 17.2 y 3 CE cuando su adopción por las autoridades gubernativas no es la mera ejecución forzosa mediante la compulsión personal del afectado de una orden administrativa de expulsión o devolución. En el caso de que la detención se acuerde por la autoridad administrativa para ejecutar esas órdenes, se tratará de una privación de libertad del artículo 17.1 CE derivada de la ejecución forzosa de una resolución administrativa mediante la compulsión física sobre las personas (artículos 93 a 96 y 100 Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Así lo razona en su fundamento jurídico 4.º: *“Comencemos por precisar que no toda compulsión personal constituye detención preventiva, pues al margen de esta situación se encuentran otras situaciones jurídicas de sujeción o compulsión personal. Sin embargo, dado que esas otras medidas y situaciones administrativas también limitan la libertad del individuo, sólo puede tener lugar en los casos y en la forma previstos en la ley, y deben ser conformes con el principio de limitación temporal que se induce del artículo 17.2 CE(...) Debe advertirse que las leyes administrativas contemplan la compulsión personal como una forma de ejecución forzosa de resoluciones administrativas (artículo 100.1 Ley 30/1992). Es claro que la ejecución forzosa de una orden de devolución sólo puede tener lugar mediante la sujeción y conducción física del sujeto hasta su salida del territorio nacional. Esta ejecución forzosa deberá practicarse sin dilación, pero no necesariamente con el límite máximo de setenta y dos horas. En consecuencia, si practicada una detención preventiva fuera dictada una orden de devolución tendríamos por concluida la situación de detención preventiva e iniciada la de ejecución forzosa de una resolución*

administrativa de devolución. Pero si a la situación de compulsión personal en la “zona de rechazados” no precede una orden actual de expulsión o devolución, entonces la situación sólo puede calificarse de detención preventiva, aplicándose, en consecuencia, el límite de setenta y dos horas, contadas desde el inicio de la situación de privación de libertad. La libertad de salida a otros países desde la “zona de rechazados”, de la que sin duda disfruta el extranjero, no evita la existencia de una verdadera “situación fáctica” de detención preventiva con respecto al resto del territorio español. Pues lo relevante aquí es la limitación de movimientos del extranjero, sin ningún título jurídico que lo legitime, a un único espacio limitado y cerrado de territorio español”. Ahora bien, el hecho de que pueda considerarse que en tales casos existe una privación de libertad, para el Tribunal Constitucional no significa que no quepa aplicarles por analogía las garantías que establece el artículo 17.2 y 3 CE⁵⁰².

La detención cautelar del extranjero fuera del procedimiento penal ya fue admitida por el Tribunal Constitucional en Sentencia 115/1987, de 7 de julio. La novedad estriba en que la Ley de Extranjería establece, de forma expresa, un límite máximo a su duración, coincidente con el contenido en el artículo 17.2 CE. En concreto, el artículo 61.1, d) LO 4/2000, reformada por LO 8/2000, señala que durante la tramitación del expediente de expulsión se podrá acordar la detención cautelar por un período máximo de setenta y dos horas, añadiendo que, en cualquier otro supuesto de detención (aquí habría que incluir los casos de retorno, devolución o incumplimiento de la obligación de abandonar el territorio

⁵⁰² STC 174/1999, de 27 de septiembre, FJ 2.º (RTC 1999, 174) y STC 179/2000, de 26 de junio, FJ 2.º y 3.º (RTC 2000, 179).

nacional), la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a setenta y dos horas.

Esta previsión legal debe ser interpretada, por su carácter excepcional de toda privación de libertad, en igual sentido que el artículo 17.2 CE. Esto es, la privación de libertad no puede prolongarse, como regla general, hasta un plazo máximo, sino que ha de durar “el tiempo estrictamente necesario para realizar el fin al que sirve la privación cautelar de libertad”, por lo que, atendidas las circunstancias del caso, su límite máximo podrá ser sensiblemente inferior a las setenta y dos horas⁵⁰³.

VII. SUPUESTOS DE DETENCIÓN DE EXTRANJEROS

A efectos sistemáticos y de exposición se impone distinguir entre los diversos supuestos de detención de extranjeros, tanto en la legislación de extranjería, como fuera de ella, como es el supuesto de retención policial a efectos de identificación, la detención cautelar para fines de extradición o para ejecución de una orden de detención europea, y la detención por comisión de una acción que pueda ser constitutiva de infracción penal.

1. LA DETENCIÓN PREVENTIVA

Se trata de la detención que, con carácter gubernativo o policial, contempla la legislación de extranjería a efectos de expulsión del territorio nacional de los extranjeros que han entrado ilegalmente en España, o sobre los que pesa una orden de expulsión. Esta medida cautelar ya aparecía en el artículo 26.6 LO 7/1985 como trámite anterior al internamiento. Sin

⁵⁰³ STC 86/1996, de 21 de mayo (RTC 1996, 86).

embargo, la LO 4/2000, en su redacción originaria, aún manteniendo la medida cautelar de internamiento, no recogía expresamente la facultad de detención. Actualmente la LO 8/2000, en el apartado d) del artículo 61 ha subsanado esta deficiencia.

La citada Ley recoge, en primer lugar, dos supuestos de detención de extranjeros: 1.º Como consecuencia de la incoación de un procedimiento administrativo de expulsión (artículo 61.1, d), y 2.º Por incumplimiento de la orden de expulsión (artículo 64.1). También se contempla también la posibilidad de privación de libertad con motivo de la adopción de una medida de devolución (artículo 58.5) o de retorno (artículo 60.1). Trataremos a continuación los supuestos mencionados.

A) Detención del extranjero como consecuencia de la incoación de un procedimiento de expulsión

Como precedentes legislativos de la actual regulación, la posibilidad de detener a un extranjero a efectos de su expulsión del territorio nacional se reguló por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico en el Decreto 522/1974, de 14 de febrero, en cuyo art. 12 se establecía: *“los extranjeros que se hallen en el interior del país desprovistos de la debida documentación, o con documentación defectuosa o incompleta, salvo adecuada justificación, serán puestos a disposición de los respectivos Gobernadores civiles y de los Delegados del Gobierno en Ceuta y Melilla para la resolución que proceda, pudiendo ser detenidos cuando no acrediten debidamente su personalidad y carezcan de arraigo o aval*

suficiente en la Nación”⁵⁰⁴. La doctrina destacó la manifiesta ilegalidad de este Decreto porque las tres formas de ejecución de la detención se caracterizaban por la absoluta ausencia de intervención judicial, centrándose todas las facultades en el Director de la Seguridad del Estado, que podía delegar en otros órganos administrativos⁵⁰⁵. También se denunció la inconstitucionalidad del artículo 29 del Decreto al considerar que en el mismo se concede a las autoridades administrativas una facultad *ope legis* para detener a un extranjero sin que los motivos se encuentren tasados de una forma clara y concreta⁵⁰⁶.

Posteriormente, la LO 7/1985 recogía este supuesto de detención de extranjeros en el artículo 26.2 en los siguientes términos: “*En los supuestos a que se refieren los apartados a), c) y f) del número anterior, se podrá proceder a la detención del extranjero con carácter preventivo o cautelar mientras se sustancia el expediente*”. Es decir, se podrá proceder a la detención del extranjero mientras se sustancia el procedimiento de expulsión cuando éste se encuentre ilegalmente en el territorio español, por no haber obtenido la prórroga de estancia o el permiso de residencia; se encuentre implicado en actividades contrarias al orden público o a la seguridad interior o exterior del Estado; o cuando carezca de medios lícitos de vida, ejerza la mendicidad o desarrolle actividades ilegales.

⁵⁰⁴ Asimismo, el artículo 29 del citado Decreto facultaba al Director de la Seguridad del Estado por propia iniciativa o a propuesta policial para “*acordar la expulsión del territorio nacional de los extranjeros cuando, por su forma de vida, actividades que desarrollen, conductas que observen, antecedentes penales o policiales así resulte procedente*”. También se contemplaba la figura de la devolución en el artículo 8 del referido Decreto que obligaba a repasar la frontera a quienes pretendieran entrar en territorio nacional desprovistos de la documentación adecuada o desprovistos de documentación incompleta, defectuosa o falsa.

⁵⁰⁵ En este sentido, PORTILLA CONTRERAS, G., *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Madrid, 1990, págs. 274 y 275.; y FERRER PEÑA, R.M., *Los derechos de los extranjeros en España*, Madrid, 1989, pág. 56.

⁵⁰⁶ NIETO PALOMO, E., *La expulsión de extranjeros: sus garantías en el Derecho Español*, en Documentación Administrativa, núm. 193, enero-marzo 1982, págs. 140 a 186.

La detención en estos supuestos será facultativa (el artículo 26.2 establecía “*se podrá proceder a la detención*”), no siendo obligatoria, ni debiendo aplicarse a la generalidad de los casos, puesto que esta medida se considera excepcional.

Algunos autores dudaron de la constitucionalidad de esta detención del extranjero, entendiendo que durante la tramitación del expediente el extranjero debería permanecer en libertad⁵⁰⁷. Sin embargo, el Tribunal Constitucional reconoce la legalidad de la detención de los extranjeros por motivo de la incoación de un expediente de expulsión. Así STC de 17 de enero de 1994 que señala que “*tampoco hay violación del derecho a la libertad con las formalidades exigidas en el artículo 17.3 CE, puesto que en el momento de la práctica de la detención se le informan de los motivos de ésta y de la apertura del expediente de expulsión, estando asistida en su declaración de Abogado*”.

El artículo 61.1 LO 4/2000, modificado por LO 11/2003, de 29 de septiembre establece: “*1. Desde el momento en que se incoe un procedimiento sancionador en el que pueda proponerse la expulsión, el instructor, a fin de asegurar la resolución final que pudiera recaer, podrá adoptar alguna de las siguientes medidas cautelares: ...d) Detención cautelar, por la autoridad gubernativa o sus agentes, por un periodo máximo de 72 horas previas a la solicitud de internamiento.*

⁵⁰⁷ MOYA ESCUDERO, M., (*La expulsión de extranjeros del territorio nacional: dudosa garantía de los derechos fundamentales*, en La Ley, num. 1370, de 17 de enero de 1986, págs. 3 y ss.) señala que “*se permite la detención preventiva por una autoridad gubernativa por causas no constitutivas de delito y ni siquiera de infracción de la normativa de extranjería, puesto que podría presumirse que se trata de extranjeros que se encuentran legalmente en España*”; PORTILLA CONTRERAS, G., (*El delito de práctica ilegal de detención...*, cit., Madrid, 1990, págs. 277 y 278) dice que “*la autoridad gubernativa no puede, salvo que se den las condiciones requeridas por el artículo 492.4 LECRIM, proceder a la detención, debiendo permanecer en libertad el sujeto durante la tramitación del expediente de expulsión, pues de lo contrario se infringe el artículo 184 CP (artículo 167 del nuevo Código Penal)*”.

En cualquier otro supuesto de detención, la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a 72 horas...”

Nos encontramos, en primer lugar, con la detención durante la tramitación del expediente sancionador en el que se formule la propuesta de expulsión y que la autoridad gubernativa considere que sea necesario tener al extranjero limitado en su libertad ambulatoria⁵⁰⁸. La reforma introducida por la reforma de 2003 en el citado artículo, respecto a la anterior redacción, supone que las medidas cautelares que se soliciten, entre ellas la detención cautelar, se podrán solicitar desde el momento de iniciación de un expediente sancionador en el que podría proponerse la expulsión del extranjero. En la redacción originaria de la LO 4/2000 se exigía que la medida cautelar, detención, en su caso, sólo se podría solicitar cuando ya hubiese propuesta de expulsión, y por lo tanto hubiera habido resolución administrativa; con la nueva redacción tal solicitud se podrá realizar aún cuando la expulsión sea solamente una posibilidad.

La Ley otorga a la autoridad competente, Delegado o Subdelegado del Gobierno, la posibilidad de aplicar en lugar de la sanción de multa la expulsión del territorio nacional, previa la tramitación del correspondiente expediente administrativo (artículo 57.1), cuando la infracción sea muy grave, o grave, referida a permanencia irregular, trabajo sin permiso, no comunicación al Ministerio del Interior de los cambios relativos a su

⁵⁰⁸ La expulsión es, en principio, sanción administrativa, sometida al control jurisdiccional contencioso-administrativo y relacionada indirectamente con la jurisdicción penal, a través del internamiento del extranjero, como medida cautelar para la efectividad de la expulsión, que es competencia del Juez de Instrucción en cuanto a su adopción o autorización. En otro plano, como hemos visto, se encuentra la expulsión como medida sustitutiva del proceso penal (expulsión de extranjeros encartados en determinados delitos), o bien como medida sustitutiva de la pena (expulsión de extranjeros como sustitutiva del cumplimiento de las penas impuestas en sentencia firme) conforme al artículo 57, apartados 7, 8 y 9 de la LO 4/2000 en relación con el artículo 89 CP. Así pues, no cabe confundir, la expulsión administrativa con la judicial, ni tampoco la expulsión judicial y el internamiento.

estado, nacionalidad o domicilio si concurriera dolo o falsedad grave, incumplimiento de medidas cautelares o participación en actividades que constituyan infracción grave en la Ley 1/1992.

El legislador se refiere al principio de proporcionalidad, valorando el grado de culpabilidad y en su caso el daño producido o el riesgo derivado de la infracción y su trascendencia, para decidir la expulsión y no la sanción de multa, pero también introduce el principio de oportunidad para adoptar dicha sanción (artículo 63)⁵⁰⁹. Conforme al artículo 131.1 del Reglamento de ejecución la determinación de la sanción a imponer valorará las circunstancias de la situación personal y familiar del infractor.

Respecto a la competencia para acordar la detención del extranjero, el artículo 55.2 de la Ley 4/2000 señala la competencia del Delegado o Subdelegado del Gobierno, según las Comunidades Autónomas, para la imposición de las sanciones; y como autoridad competente para acordar la detención, la ley se limita a mencionar a “*la autoridad gubernativa o sus agentes*”(artículo 61). Aunque el término autoridad gubernativa no plantea problemas, no ocurre lo mismo respecto de quienes deben ser considerados sus agentes a estos efectos. Teniendo en cuenta que las competencias en materia de extranjería están atribuidas al Cuerpo Nacional de Policía conforme al artículo 12.1, a) de la LO 2/1986, serán en principio sus agentes los encargados de proceder, respecto de los extranjeros detenidos en aplicación de las prescripciones de la legislación de extranjería, a su filiación y lectura de derechos. Ello no obsta para que otras Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, en el ejercicio de sus funciones propias, como la custodia de fronteras que se encomienda a la Guardia Civil,

puedan proceder a la identificación de extranjeros y a su inmediato traslado, en el plazo más breve posible, a los correspondientes grupos de Extranjeros del Cuerpo Nacional de Policía, cuando se encuentren incursos en alguna de las infracciones previstas en la LO 4/2000.

La realidad diaria muestra como, al amparo del artículo 62.1, la autoridad gubernativa podrá interesar, después de haberse practicado la detención y de manera motivada, la propuesta de ingreso en un centro de internamiento, es decir, por el Jefe de la Comisaría correspondiente se dirigirá al Juez de Instrucción del lugar donde estuviere el extranjero solicitando el internamiento como medida cautelar⁵¹⁰.

En la práctica nos podemos encontrar con la actuación de los agentes de Policía que en ejercicio de sus funciones podrán exigir la documentación al extranjero, y éste por no poseerla, o por no portarla, puede ser conducido por los propios agentes a las dependencias policiales para su identificación, tras lo cual si se diesen los supuestos del artículo 53 a), d) y f), y del artículo 54.1 a) y b) podría incoar expediente con detención cautelar del mismo y posterior petición de internamiento⁵¹¹. La estancia en las dependencias policiales debe durar el menor tiempo posible por lo que si la decisión de expulsión no esta adoptada, el extranjero, una

⁵⁰⁹ El artículo 63.2 establece: “cuando de las investigaciones se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión, se dará traslado de la propuesta motivada por escrito al interesado, para que alegue lo que considere adecuado en el plazo de cuarenta y ocho horas”.

⁵¹⁰ La Delegación de Gobierno de la Comunidad Autónoma Valenciana dictó Resolución de fecha 19 de abril 2001 (publicada en BOP de 1-5-2001) por la que se delega la competencia al Jefe Superior y Comisarios Locales de Policía para adoptar las medidas cautelares previstas en los artículos 61.1 y 62 Ley 4/2000. Sobre la base de ello serán estas Autoridades gubernativas las que soliciten del Juez autorizar la medida cautelar de internamiento.

⁵¹¹ La STC 86/1996, de 21 de mayo (RTC 1996, 86), exigió para justificar la detención derivada de un expediente de expulsión la creencia razonable de que el extranjero está en situación ilegal, siendo necesario asegurar la ejecución de la de expulsión si existe riesgo de fuga.

vez identificado y notificada la incoación del expediente sancionador, podrá abandonar las dependencias policiales.

a) Naturaleza jurídica

Una vez determinado este supuesto de detención vamos a tratar de analizar su naturaleza jurídica. Si el extranjero no ha cometido delito alguno nos podemos cuestionar si la detención prevista por el legislador es necesaria para garantizar la futura decisión administrativa. Debe destacarse el carácter cautelar o preventivo que la ley otorga a la detención en estos casos, lo que implica que deben concurrir para su práctica los presupuestos generales de las medidas cautelares, es decir el “*fumus boni iuris*” y el “*periculum in mora*”.

El “*fumus boni iuris*” o título de imputación queda determinado por la concurrencia de cualquiera de las causas que han de motivar la detención del extranjero, causas que se consideran enumeradas en los artículos 61.1 y 62 LO 4/2000, en el sentido de que, a efectos de instrucción de un expediente sancionador, sólo cabe la detención en los supuestos previstos en los apartados a) y b) artículo 54, y apartados a), d) y f) artículo 53 Ley 4/2000. La gravedad de la causa de expulsión imputada puede originar la necesidad de la detención y la solicitud de internamiento posterior hasta la materialización de su expulsión. Si el título de imputación en estos casos tiene una gravedad tal que fundamenta la detención del extranjero hasta su expulsión evitará la reiteración de conductas atentatorias contra los intereses generales del Estado.

El “*periculum in mora*” es el requisito que va a condicionar que la práctica de la detención sea conforme a derecho, si existe un título de

imputación cuando se incoe un expediente de expulsión, sólo es posible justificar la medida cautelar o preventiva de detención, evitando la discrecionalidad administrativa, cuando se pretenda asegurar el cumplimiento de la resolución final de dicho expediente administrativo. Cuando el extranjero esté en una situación de la que se desprenda la posibilidad de que se dé a la fuga, o de que se oculte, se dará el presupuesto de “*periculum in mora*” justificativo de la detención por causa de expulsión. Para ello deben tenerse en cuenta además las circunstancias personales, familiares, económicas, laborales y cualquiera otra que haga presumir la permanencia del extranjero a disposición de la autoridad administrativa que tenga que ejecutar la expulsión. La detención se justifica, como medida cautelar, para asegurar el cumplimiento de la resolución final del expediente. Dado que a la autoridad administrativa le interesa que la situación de privación de libertad del extranjero se prolongue hasta el momento en que se proceda a ejecutar la orden de expulsión, a tal fin, la autoridad administrativa interesará del Juez, después de la detención, la orden de internamiento en un centro al efecto.

Suponiendo la necesidad de la detención por razones de eficacia policial, prevención de la seguridad ciudadana y orden público, la actuación policial ha de ser rápida, interesando la petición de internamiento en el plazo más breve posible, sin que deba agotar las setenta y dos horas, si no es necesario.

En la doctrina encontramos distintas posturas sobre la naturaleza jurídica de esta detención. GIMENO SENDRA⁵¹² entiende que se trata de una detención atípica, no cubierta por el artículo 17 CE y el artículo 489

⁵¹².GIMENO SENDRA, V., y otros, *Derecho Procesal, Tomo II, Proceso Penal*, 3ª edición, 1991, págs. 358 y 359.

LECRIM, sin que se pueda predicar de la misma la plena naturaleza de las medidas cautelares, entendiendo que posee una dudosa legitimidad constitucional. MOYA ESCUDERO⁵¹³ indica que se permite la detención preventiva por una autoridad gubernativa por causas que no son constitutivas de delito, y a veces ni siquiera de infracción de la normativa de extranjería, ya que salvo el requisito de estancia ilegal, podría presumirse que se trata de extranjeros que se encuentran legalmente en España (ahora con la nueva ley se ha subsanado esto y se restringe a los supuestos a), d) y f) del artículo 53).

Sin embargo el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos otorgan cobertura legal para esta detención al ser informado el extranjero de los motivos de la detención y de la apertura del expediente de expulsión, con asistencia de Letrado⁵¹⁴. Esta privación de libertad va a encontrarse sujeta a los requisitos exigidos en el artículo 17.2 CE dado el carácter preventivo que presenta, y además el extranjero podrá ejercitar el derecho contemplado en el artículo 17.4 CE de *Habeas Corpus* por entender ilegal su detención. Esta privación exige el necesario control

⁵¹³ MOYA ESCUDERO, J. A., *Expulsión de extranjeros del territorio nacional. Dudosa garantía de los derechos fundamentales*, cit., pág. 3. En el mismo sentido se expresa PORTILLA CONTRERAS, G., *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, cit., pág. 277.

⁵¹⁴ Se debe evitar la tortura y los tratos inhumanos degradantes (artículo 3 CEDH) y si se conocen serias razones para creer que al individuo le aguarda en destino un trato semejante debe prohibirse la expulsión. También debe protegerse el derecho a la vida privada y familiar (artículo 8 CEDH), si bien cabe proceder a la expulsión por existir necesidad imperiosa. La expulsión "per se" no es un maltrato, ni es degradante o inhumana. Así la distinta jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, recogida por DEL MORAL GARCÍA, A., *La expulsión del extranjero en el proceso penal y Jurisprudencia del TEDH*, en Estudios Jurídicos de Secretarios Judiciales, Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia, Vol. II, Madrid, 1999. STEDH 7-7-89 Caso Soering v. G.Bretaña (no se admite la devolución al Estado de Virginia por no esperarle allí la pena de muerte sino la larga espera que puede existir hasta el cumplimiento de aquella); STEDH 20-3-91 Caso Cruz Varas v. Suecia (declara haber lugar a la expulsión por no ser causa el riesgo por ideas políticas, dado el cambio político producido en Chile desde 1970); STEDH 30-10-91 Caso Vilvarajah y otros v. R. Unido (declara haber lugar a la expulsión pese a existir cierto riesgo para la vida pero no distinto del que sufren los demás compatriotas en Sri Lanka).

judicial en el momento de tener que decidir acerca de la petición de internamiento interesado⁵¹⁵.

B) Detención por incumplimiento de la orden de expulsión

Otro supuesto de detención de extranjeros viene regulado en la Ley 4/2000 en el artículo 61.1.d) al mencionar “...*En cualquier otro supuesto de detención, la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a setenta y dos horas*”. Estos supuestos no aparecen enumerados en la ley pero se deducen de la propia normativa. Serán, en primer lugar, para el cumplimiento de una resolución de expulsión, cuando un extranjero deba abandonar el territorio nacional de manera obligatoria por denegación administrativa o falta de autorización ya sea por una autoridad española o de otro Estado miembro de la Unión Europea⁵¹⁶; o por notificación de expulsión en un procedimiento en el que no se haya decretado previamente el internamiento⁵¹⁷ y, en segundo lugar, los supuestos de devolución y retorno. Vamos a desarrollar ambas posibilidades.

⁵¹⁵ STC 66/1996, de 16 de abril (RTC 1996, 66), establece que dicho control y decisión judicial deberá atender a la causa de expulsión invocada, situación legal y personal del afectado, probabilidad de huida, o cualquier otra que se estime relevante para adoptar la decisión.

⁵¹⁶ El artículo 64.1 la Ley establece: “*Una vez notificada la resolución de expulsión, el extranjero vendrá obligado a abandonar el territorio español en el plazo que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior a las setenta y dos horas, excepto en los casos en que se aplique el procedimiento preferente. En caso de incumplimiento se procederá a su detención y conducción hasta el puesto de salida por el que se haya de hacer efectiva la expulsión...*”. La LO 14/03 introduce un nuevo párrafo en el citado artículo: “*3. Cuando un extranjero sea detenido en territorio español y se constate que contra él se ha dictado una resolución de expulsión por un Estado miembro de la Unión Europea, se procederá a ejecutar inmediatamente la resolución, sin necesidad de incoar nuevo expediente de expulsión. Se podrá solicitar la autorización al Juez de Instrucción para su ingreso en un centro de internamiento, con el fin de asegurar la ejecución de la sanción de expulsión, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley*”.

⁵¹⁷ En los procedimientos administrativos de expulsión, por supuestos distintos a los previstos en el artículo 63 ,letras a) y b) del apartado 1 del artículo 54, y letras a), d) y f) del

El artículo 28 de la LO 4/2000, refleja en su apartado 3, b) y c) la salida obligatoria en virtud de una expulsión o devolución acordadas por resolución administrativa en los casos previstos en la presente ley y los supuestos de denegación administrativa de las solicitudes formuladas por el extranjero para permanecer en España o falta de autorización para encontrarse en nuestro territorio⁵¹⁸.

En el mismo sentido el artículo 64 de la Ley 4/2000 establece: “1. *Una vez notificada la resolución de expulsión, el extranjero vendrá obligado a abandonar el territorio español en el plazo que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior a las setenta y dos horas, excepto en los casos en que se aplique su procedimiento preferente. En caso de incumplimiento se procederá a su detención y conducción hasta el puesto de salida por el que se haya de 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 de cuarenta días*”. A su vez el artículo 141.7 del Reglamento de ejecución establece que cuando el afectado no verificara la salida en los plazos señalados procederá su detención y conducción al puesto fronterizo⁵¹⁹.

artículo 53), la tramitación no tendrá carácter preferente. Además tampoco será necesaria la detención y el internamiento del extranjero mientras se tramita el expediente.

⁵¹⁸ Su antecedente lo encontramos en el artículo 33 de la LO 7/1985, que establecía: “*los extranjeros que fueren objeto de una orden de expulsión vendrán obligados a abandonar el territorio español en el plazo fijado en la citada orden, que no podrá ser inferior a setenta y dos horas. En caso de incumplimiento, se procederá a su detención y conducción hasta el puesto de salida por el que haya de hacerse efectiva la expulsión*”.

⁵¹⁹ Establece el artículo 141.7 del Reglamento de Ejecución: “7. *Las resoluciones de expulsión del territorio nacional que se dicten en procedimientos que no sean de tramitación preferente contendrán el plazo en que el extranjero vendrá obligado a abandonar el territorio nacional, que en ningún caso podrá ser inferior a setenta y dos horas. Transcurrido dicho plazo, sin haber abandonado el extranjero el territorio nacional, los funcionarios policiales competentes en materia de extranjería procederán a su detención y conducción hasta el puesto de salida por el que haya de hacerse efectiva la expulsión. Si la expulsión no se pudiera*

El artículo 141.7 del Reglamento parte de la existencia de una resolución de expulsión fijando la necesidad de notificar la orden de salida y de conceder un plazo prudencial, no inferior a 72 horas para llevarla a cabo, salvo que se aplique el procedimiento preferente, en cuyo supuesto la ejecución de la orden de expulsión se efectuará de forma inmediata (artículo 63.4 LO 4/2000). Es una opción que concede la ley a la autoridad gubernativa, pero que se podrá ejecutar en cualquier momento mientras no prescriba la sanción.

La ejecución de la resolución de expulsión se efectuará a costa del extranjero si tuviere medios económicos para ello. Caso contrario, se comunicará al representante diplomático o consular de su país, a los efectos oportunos⁵²⁰; en la práctica suelen ser asumidos por la Administración, pues en la mayor parte de los casos se trata de personas que carecen de recursos económicos, sin que tampoco sea frecuente que sean asumidos por los Estados de que son nacionales.

Se suspenderá la ejecución de la resolución de expulsión cuando se formalice una petición de asilo, hasta que se haya inadmitido a trámite o resuelto, conforme a lo dispuesto en la normativa de asilo⁵²¹. El artículo

ejecutar en el plazo de setenta y dos horas desde el momento de la detención, el instructor o el responsable de la unidad de extranjería del Cuerpo Nacional de Policía ante la que se presente el detenido podrá solicitar de la autoridad judicial el ingreso del extranjero en los centros de internamiento establecidos al efecto”.

⁵²⁰ El artículo 141.8 del Reglamento de ejecución establece: “*La ejecución de la resolución de expulsión se efectuará a costa del extranjero si este dispusiera de medios económicos. En caso contrario, se comunicará dicha circunstancia al representante diplomático o consular de su país, a los efectos oportunos. En caso de que el extranjero dispusiera de medios económicos y asumiera el coste de la repatriación de manera voluntaria, el Delegado o Subdelegado del Gobierno que hubiera dictado dicha resolución podrá acordar su sustitución por la salida obligatoria, de oficio o a instancia de parte...*”.

⁵²¹ Regulada en el artículo 17 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. En el mismo sentido el artículo 141.9 del Reglamento de ejecución expone: “*Si el extranjero formulase petición de asilo, 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*

64. 4 LO 4/2000⁵²² estipula la no exigencia de incoación de expediente de expulsión para proceder al traslado, escoltados por funcionarios, de solicitantes de asilo cuya petición haya sido inadmitida a trámite por ser responsable otro Estado de su examen⁵²³.

En principio, de la interpretación conjunta de las normas, Ley y Reglamento, debe entenderse que la potestad de la Administración para compeler al cumplimiento de sus resoluciones alcanza a la sujeción y conducción física del sujeto hasta su salida del territorio nacional, que deberá hacerse en el plazo más breve posible de tiempo pero sin que se trate de una situación de detención limitada por el transcurso de las 72 horas desde que se produjo la sujeción⁵²⁴. Sin embargo, sí se sustraen del control judicial determinadas expulsiones puede suponer una vulneración de la interpretación de lo establecido por el Tribunal Constitucional (STC 115/1987) dado que toda persona privada de libertad tiene derecho a un control de la legalidad ejercido por el Tribunal⁵²⁵.

El Tribunal Constitucional ha introducido el requisito de actualidad en la orden administrativa de expulsión o devolución (STC 174/1999). Efectivamente, si la orden de la autoridad gubernativa existe y no ha sido

asilo. 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”.

⁵²² Párrafo reenumerado por la LO 14/2003, de 20 de noviembre.

⁵²³ CAMPO CABAL, J.M., (*Comentarios a la Ley de Extranjería*, Madrid, 2001, pág. 469) entiende que constituyen verdaderas detenciones, aunque se utilice el calificativo de “traslado”, por lo que deberían ser puestas en conocimiento de la autoridad judicial cuando no pueda completarse la ejecución en el término de setenta y dos horas establecido en el artículo 17 CE.

⁵²⁴ En este sentido, HERNÁNDEZ GALLEGU, P., *Los extranjeros y sus derechos...*, cit., pág. 29.

⁵²⁵ La STC 174/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999, 174), señala que si a la situación de compulsión personal en la “zona de rechazados” no precede una orden actual de expulsión o devolución, la situación sólo puede calificarse de detención preventiva, aplicándose en consecuencia el límite máximo de setenta y dos horas contadas desde el inicio de la situación de privación de libertad.

aún cumplida, el extranjero se encontraría físicamente compelido para la ejecución de dicha orden. Por el contrario, si la resolución administrativa fue en su momento cumplida, y posteriormente quebrantada, es necesario que exista nueva resolución acordando la salida de España para contemplar el supuesto de compulsión forzosa; en caso contrario estaríamos ante una detención preventiva sujeta al límite constitucional de las 72 horas.

Sobre la *naturaleza jurídica* de esta detención, si se trata de una detención para ejecutar la decisión administrativa, ésta no sería, en principio, preventiva, sino que respondería a una necesaria compulsión forzosa, consistente en sujeción y conducción física del sujeto hasta su salida del territorio nacional. Pero esta interpretación no se corresponde con la ubicación de la detención, dentro del capítulo de medidas cautelares; por lo que parece responder a situaciones en las que no estando el extranjero sometido a internamiento durante la tramitación del expediente sancionador, no atiende los llamamientos que se produzcan a lo largo de dicha tramitación (notificaciones, audiencia, etc.), así como a las detenciones realizadas por la autoridad gubernativa en virtud de hechos delictivos imputables al extranjero y que asimismo da la oportunidad de incoar un expediente sancionador⁵²⁶.

En cuanto a la compulsión sobre las personas, que es el medio idóneo para hacer efectivas las órdenes de expulsión, comenta CAMPO CABAL⁵²⁷, que de acuerdo con lo previsto en el artículo 96 de la Ley de

⁵²⁶ PORTILLA CONTRERAS, G., (*El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, cit., pág. 279), entiende que cuando el extranjero incumple la orden de expulsión sin una causa justificada, es posible la detención, pero no por razones de tipo administrativo sino por la existencia previa de un delito de desobediencia, ya que ante la presencia concreta e individualizada de una orden de expulsión, aunque sea de carácter administrativo, el sujeto manifiesta un acto de oposición reiterado.

⁵²⁷ CAMPO CABAL, J.M., *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Madrid, 2001, págs. 467 y 468.

Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, han de concurrir tres requisitos: 1º. Que se trate de la ejecución de actos que impongan una obligación de no hacer o soportar, que para nuestro caso se concreta en la obligatoriedad de abandonar el territorio español o de no permanecer en él, o de no conculcar la prohibición de entrada; 2º. Que la ley expresamente lo autorice, requisito que se cumple para nuestro caso con la autorización otorgada por el artículo 64 de la LO 4/2000; 3º. Que la ejecución se realice siempre dentro del respeto debido a los derechos de la persona humana y a los derechos fundamentales.

C) Detención del extranjero para su devolución o retorno

Otro supuesto de detención de extranjero es el que se puede dar en los supuestos de devolución y/o retorno. La devolución se regula como una especie de expulsión por procedimiento sumario que no precisa de expediente administrativo; a ella se refiere el artículo 58.2 LO 4/2000: *“No será preciso expediente de expulsión para la devolución de los extranjeros en los siguientes supuestos: a) Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España; b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país”*⁵²⁸. Para llevar a cabo la devolución de los que contravengan la prohibición de entrada en España será necesario trasladar al extranjero al puesto fronterizo por donde deberá efectuar la salida del territorio nacional, medida que, por las circunstancias de tiempo

⁵²⁸ En igual sentido el artículo 157.1 del Reglamento de ejecución considera devolución: *“a) Los extranjeros que tras haber sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España. A estos efectos, se considerará contravenida la prohibición de entrada en España cuando así conste, independientemente de si fue adoptada por las autoridades españolas o por las de alguno de los Estados con los que España tenga suscrito convenio en este sentido; b) Los extranjeros que pretendan entrar ilegalmente en el país, se considerarán incluidos, a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones”*.

y lugar, evidentemente supone una privación de libertad, que la Ley autoriza por un plazo no superior a setenta y dos horas. Cuando la devolución no se pudiera ejecutar en ese plazo, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión⁵²⁹. Esta detención en realidad no es sino una medida necesaria para asegurar la ejecución forzosa de la orden⁵³⁰. Conforme a la doctrina constitucional (STC 174/1999), no se trataría de una detención preventiva, aunque sí de una privación de libertad que encontraría su cobertura legal en lo dispuesto en los artículos 93 a 96 y 100 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas.

A diferencia de la devolución, el retorno de los extranjeros, conforme al artículo 60 de la Ley, supone que los afectados a los que en frontera no se les permita el ingreso, procederá retornarlos a su punto de origen en el plazo más breve posible. El artículo 60.1 de la Ley 4/2000 establece: *“1. Los extranjeros a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país serán retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible. La autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de Instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno”*. En el mismo sentido se expresa el artículo 156 del Reglamento de ejecución, completando que la resolución de retorno se dictará por los funcionarios policiales de la Aduana o puesto fronterizo y en ella se determinará expresamente la causa por la que se deniega la entrada y el efecto será el retorno a su país de origen. El retorno se ejecutará de manera inmediata y en su caso, dentro del plazo de setenta

⁵²⁹ Artículo 58.5 LO 4/2000, en su redacción dada por LO 14/2003, de 20 de noviembre.

y dos horas, durante este plazo se permiten privaciones de libertad por la autoridad gubernativa en tanto se realizan los trámites para el retorno⁵³¹. En el supuesto de que no se pueda realizar dentro de ese plazo, la autoridad gubernativa se dirigirá al Juez de Instrucción solicitando autorización para internamiento en un centro que deberá determinar el Juez, y que en todo caso no tendrá carácter penitenciario. La detención con motivo del retorno se notificará a la Embajada o Consulado de su país, y , en todo caso, al Ministerio de Asuntos Exteriores.

La Autoridad administrativa estará vinculada por la facilidad, o no, de llevar a cabo la devolución o retorno, de tal manera que si la materialización de la salida fuera a retrasarse más de 72 horas deberá acudir a la autoridad judicial para que decida donde permanecerá el extranjero hasta su salida. La cuestión que se plantea es el lugar dónde ha de permanecer el extranjero ilegal hasta que se proceda a su devolución o retorno. De la redacción de los artículos 58, 60 y 62 parece desprenderse la posibilidad de que el extranjero ilegal pueda permanecer en dependencias diferentes de las existentes, como podrían ser las salas de rechazados en los puertos o aeropuertos (en el caso de que existiesen), pero en la realidad son los centros de internamiento para extranjeros los únicos disponibles para dicha privación de libertad, juntando en ellos a los extranjeros incursos en causa de prohibición de entrada, denegación de entrada, o afectados por expedientes de expulsión.

Respecto a su *naturaleza jurídica*, en los supuestos de detención para la devolución o retorno de los extranjeros podemos cuestionarnos su naturaleza jurídica. La situación en la que se encuentra el extranjero quizás

⁵³⁰ STC 174/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999, 174); STC 179/2000, de 26 de junio de 2000 (RTC 2000, 179).

no sea una detención, sino una compulsión personal. No obstante la regulación actual al fijar el plazo de 72 horas para poder llevar a cabo la ejecución de la devolución o retorno, iguala los supuestos al exigir que al transcurso de dicho plazo el Juez competente tenga conocimiento de tal situación para decidir sobre el lugar en el que va a situarse al extranjero a fin de “devolverle o retornarle” o privarle de libertad mientras se sustancia el expediente con propuesta de expulsión. Se equipara también la legitimidad del extranjero para impugnar su detención administrativa, empleando tanto el procedimiento de *Habeas Corpus* como la vía administrativa ordinaria o la contenciosa, en su caso. La STC 174/1999 admite tal posibilidad en la ejecución forzosa de una orden de devolución⁵³². Las privaciones de libertad acordadas para la ejecución de una orden de retorno o devolución gozarán de las garantías judiciales que reconoce el artículo 20 de la LO 4/2000 a los extranjeros, esto es, el pleno disfrute del derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido, tanto en el expediente de retorno (artículo 156 Reglamento de ejecución) por el que se le deniega motivadamente la entrada en el territorio español, así como en el procedimiento sancionador (artículos 113 y ss Reglamento de ejecución) o de expulsión (artículo 157 del Reglamento), o de devolución (artículo 157 del Reglamento), se le reconocen al extranjero los derechos a ser informados de los motivos de su situación, de los recursos y plazos para la impugnación de la correspondiente resolución, así como ser asistido por Letrado y de un intérprete. Por lo tanto, los derechos de defensa del

⁵³¹ En esos términos se expresa el art. 156.3 del Reglamento de ejecución.

⁵³² La STC 174/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999, 174) establece que esta detención es un acto de ejecución forzosa derivado de una previa orden de retorno, por lo que tampoco le serían aplicables las garantías del art. 17.2 y 3 CE.

extranjero están garantizados a lo largo de la tramitación y ejecución de esos procedimientos administrativos.

En todo caso, el plazo máximo de detención en unos u otros supuestos no superará las setenta y dos horas (artículos 58.5 y 60.1). El legislador emplea las expresiones “periodo máximo de 72 horas” y “puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a setenta y dos horas”. La limitación es la misma y la autoridad gubernativa habrá de poner en conocimiento del juez la detención sin sobrepasar en ningún caso las 72 horas.

2. DETENCIÓN DE EXTRANJERO A EFECTOS DE IDENTIFICACIÓN

Este supuesto de detención tendría lugar cuando los agentes de los cuerpos y fuerzas de seguridad del Estado requieran al extranjero para que se identifique y tras este acto de indagación los agentes consideren que el extranjero ha entrado ilegalmente en España o su permanencia resulta igualmente ilegal. Previa a la detención del extranjero, cabría el traslado a una dependencia policial a efectos de identificación, posibilidad que contempla el artículo 20.1 y 2 de Ley de Protección de Seguridad Ciudadana, en relación con el artículo 11 de dicha ley. El artículo 20.2 de la LO 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana dispone: *“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 y por*

el tiempo imprescindible”⁵³³. La identificación va a consistir en determinar la verdadera identidad de una persona y la constatación de tal identidad con los registros policiales de personas.

Al respecto el artículo 4 LO 4/2000 establece: “*1. Los extranjeros que se encuentren en territorio español tienen el derecho y la obligación de conservar la documentación que acredite su identidad, expedida por las autoridades competentes del país de origen o de procedencia, así como la que acredite su situación en España*”. A tenor de ello es innegable que la Policía en razón de lo establecido en la Ley de Protección de Seguridad Ciudadana podrá requerir con eficacia legal a los extranjeros para que se identifiquen en los términos previstos en el artículo 4 LO 4/2000.

Ante las dudas de constitucionalidad de la detención para identificación prevista en el artículo 20.2 Ley de Protección de seguridad ciudadana, la STC 341/1993, de 18 de noviembre de 1993, entiende que la medida no es contraria a la Constitución, señalando al respecto: “*1º La medida de identificación en dependencias policiales prevista en el artículo 20.2 supone por las circunstancias de tiempo y lugar (desplazamiento del requerido hasta dependencias policiales próximas en las que habrá de permanecer por el tiempo imprescindible) una situación que va más allá de una mera inmovilización de la persona. Por ello ha de ser considerada como una modalidad de privación de libertad, con lo que estamos ante uno de los “casos a que se refiere el artículo 17.1 CE; 2º La privación de*

⁵³³ Conforme a STC 341/1993, de 18 de noviembre, (RTC 1993, 341) y STC 53/2002, de 27 de febrero (RTC 2002, 53) el artículo 20 LOPSC autoriza una momentánea retención temporal con el objeto de efectuar las indagaciones necesarias sobre la identidad y situación del extranjero, pero no a su detención preventiva. Sin embargo la STC 86/1996, de 21 de mayo (RTC 1996, 86), estima que a los agentes de policía le cabe, o bien retener al extranjero para proceder a su identificación, o bien detenerlo al sospechar fundada y razonablemente que ha infringido la legislación de extranjería. Como veremos la Ley de Protección de Seguridad

libertad con fines de identificación sólo podrá afectar a personas no identificadas de las que fundadamente pueda presumirse que se hallan en disposición actual de cometer un ilícito penal o a aquellas que hayan incurrido ya en una infracción administrativa; 3º La exigencia de identificarse ante el requerimiento de los Agentes (artículo 20.1) constituye una “obligación legal” que permite, dadas las circunstancias previstas en el artículo 20.2, asegurar la identificación de las personas afectadas, cuando no haya otro medio para ello; 4º La medida prevista en el artículo 20.2 no puede calificarse de indefinida o de ilimitada en cuanto a su duración. El citado artículo prescribe que las diligencias de identificación en dependencias policiales no se podrán prolongar más allá del “tiempo imprescindible”, lo que implica que deben realizarse de manera inmediata y sin dilación alguna”.

Lo cierto es que los extranjeros que se encuentren en territorio español están obligados a disponer de la documentación que acredite su identidad y el hecho de hallarse legalmente en España, con arreglo a lo dispuesto en las normas vigentes. La primera cuestión que se puede plantear es determinar qué tipo de documentación será válida para verificar la identidad del extranjero. Conforme se deduce del contenido del mencionado artículo 11 de la Ley de Protección de Seguridad Ciudadana, será válida aquella documentación que acredite su identidad (Pasaporte, Título de viaje o DNI , cédula de identificación) y que se considere válido para la entrada en territorio español, en virtud de los Convenios Internacionales en los que España sea parte. También le obliga a exhibirlos cuando fuera requerido por las autoridades o agentes, sin perjuicio de

Ciudadana habilita a los agentes a retener al extranjero para su identificación, pudiendo detenerle únicamente tras la apertura del pertinente expediente administrativo sancionador.

poder demostrar su identidad por cualquier medio si no los llevara consigo⁵³⁴. Asimismo se incluyen en esta categoría los documentos de identidad que expiden las Autoridades del Ministerio del Interior: permisos de residencia, de estudiante, documentos de viaje o identidad de asilados y refugiados y otros de la misma naturaleza.

Conforme se establece en el artículo 20.2 Ley de Protección de Seguridad Ciudadana, el requerimiento a los ciudadanos que acompañen a los Agentes de la Autoridad a una dependencia policial a efectos de identificación exige la concurrencia de los requisitos: 1º. Que la identificación no haya podido lograrse en el lugar donde se haga el requerimiento, sea por no llevar un documento que acredite suficientemente la identidad o por cualquier otra circunstancia que permita conocer de qué persona se trata. Antes de requerir a un ciudadano para que acompañe a los Agentes a una comisaría para verificar su identidad, habrán de agotarse todos los medios que puedan servir para identificar a la persona o personas requeridas, según se deduce de la expresión “*de no lograrse la identidad por cualquier medio*”; 2º. Esta “invitación” al ciudadano sólo podrá efectuarse en dos supuestos: para impedir la comisión de un delito o falta, o para sancionar una infracción administrativa que ya se ha cometido, como puede ser el hecho de que el extranjero no disponga de la documentación que acredite su identidad y el hecho de hallarse legalmente en España, como prevé el artículo 11 de la citada Ley; 3º. La dependencia a la que se trasladen los Agentes,

⁵³⁴ La STC 13/2001, de 29 de enero (RTC 2001, 13), dictada en recurso de amparo presentado por un extranjero de raza negra contra la actuación de la Brigada Móvil de Valladolid en un control de identificación, entiende el Tribunal que la solicitud de documentación identificativa por parte de los agentes de los Cuerpos de Seguridad del Estado no supone una discriminación racial cuando la única causa identificativa de ser extranjero es ser persona de color.

acompañados del sometido a las prácticas de identificación deberá contar con los medios necesarios para la realización de las diligencias de identificación; 4º. El requerimiento sólo se hará a los efectos de identificación de la persona sometida a la misma y durará tan sólo el tiempo imprescindible para lograr el objetivo propuesto. Si bien el artículo 20.2 no establece plazo de duración, y aunque, por atribuírsele una naturaleza y fin distintos a los de la detención imputativa, no les serán de aplicación los límites establecidos en el artículo 520.2 LECRIM⁵³⁵, sin embargo, el precepto establece un límite cualitativo, ya que según el mismo, la detención no debe durar más allá del tiempo imprescindible para realizar las diligencias de identificación⁵³⁶. En todo caso será de aplicación el límite máximo constitucional de 72 horas.

Si los agentes policiales alcanzan la convicción de que el extranjero ha infringido la legislación de extranjería, instarán a la autoridad competente para la apertura del oportuno procedimiento sancionador⁵³⁷. Si en el marco de este procedimiento se formulase propuesta de expulsión en sustitución de la multa, la autoridad competente en virtud de lo dispuesto en el artículo 61 LO 4/2000 podrá adoptar como medida cautelar la detención por un plazo no superior a 72 horas.

⁵³⁵ En este sentido se expresa DE LLERA SUÁREZ-BARCENA, E., *El proceso penal*, coord. MORENO CATENA, V., cit., pág. 270.

⁵³⁶ Durante ese plazo, tal como establece la STC 341/1993, el sujeto identificado habrá de ser instruido de los derechos que le asisten en su condición de detenido, debiéndose comunicar la detención al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la Embajada o Consulado de su país.

⁵³⁷ La STC 88/1996, de 23 de mayo (RTC 1996, 88) analiza la legalidad de la detención de un extranjero para identificación con la finalidad de constatar su situación de legalidad o ilegalidad en España. Entiende el Tribunal Constitucional que en el caso enjuiciado el extranjero no fue detenido por razón de su nacionalidad, sino porque, admitiendo que carecía de la condición de ciudadano español, no pudo acreditar su residencia legal en España, al no disponer de los documentos mínimos imprescindibles para hacerlo, y al no tener domicilio conocido ni ofrecer fianza bastante a juicio de los agentes para asegurar que comparecería por sí mismo en dependencias policiales para completar las comprobaciones iniciadas.

En este supuesto de detención de extranjeros a efectos de identificación existen dudas de legalidad por parte de la doctrina⁵³⁸. Si bien la Ley de Extranjería autoriza a los agentes para proceder a la detención preventiva del extranjero como medida cautelar, ésta tendría lugar en la fase final del procedimiento sancionador, ya que la expulsión es una sanción sustitutiva de la multa, sin embargo, no resulta tan clara la habilitación legal para que la Administración pueda acordar la detención preventiva del extranjero antes de que se acuerde la incoación del procedimiento sancionador. VILLAVERDE MENÉNDEZ⁵³⁹ estima que *“la LO 4/2000 no prevé ni habilita a la Administración para practicar esa privación momentánea de libertad del extranjero mientras se formaliza la apertura del expediente sancionador, ni tampoco está presente en estos primeros momentos el interés general en el efectivo cumplimiento de la sanción, asegurando la efectiva ejecución de una hipotética orden de expulsión impidiendo que el extranjero se sustraiga a la misma; asimismo el artículo 61.1, d) LO 4/2000 al mencionar “otros supuestos de detención” no puede tomarse como norma habilitante para la misma, ya que se trata de un mandato a la Administración derivado de la garantía temporal que acompaña a estas detenciones administrativas”*.

La doctrina constitucional tampoco esclarece la cuestión, porque la STC 341/1993 parece reservar la denominación de detención sólo para las detenciones acordadas en el ámbito del artículo 490 LECRIM, sin embargo, la STC 174/1999 desliga la calificación de “detención preventiva” de la privación de libertad acordada en el ámbito de lo penal y

⁵³⁸ Ver el debate que siguió a la ponencia de F. MODERNE, *Los derechos fundamentales de los extranjeros en Francia*, en “Ciudadanía y extranjería: Derecho nacional y Derecho comparado”, Madrid, 1998, págs. 45 y ss.

lo liga a aquellas situaciones de confinamiento administrativo que no son ejecución forzosa de resoluciones administrativas⁵⁴⁰. Por otra parte, la STC 86/1996 consideró que la detención preventiva dejaba de estar fundada una vez hechas las averiguaciones dirigidas a la identificación del extranjero, por lo que, agotada la indagación, la Administración o bien dejaba en libertad al extranjero o lo ponía a disposición judicial para que se decretase, en su caso, el internamiento. Pero esta misma Sentencia también señala que esa detención podría encontrar fundamento en “otras circunstancias” distintas a las relativas a la identificación del extranjero detenido. Otras circunstancias que podrían ser las que ponen de manifiesto a los agentes la posible comisión de algún acto contrario a la LO 4/2000 por el extranjero retenido y sujeto a una futura sanción; esas “otras circunstancias” sólo pondrán de manifiesto que el extranjero ha vulnerado la legislación de extranjería y que puede ser sancionado, pero nada dicen aún sobre si la sanción debe ser la expulsión o la simple multa.

Interpretando esta sentencia⁵⁴¹ se puede llegar a la conclusión de que los agentes de policía no tienen habilitación legal para detener a un extranjero contra el que dichos agentes instan a la autoridad competente para que proceda a la apertura del oportuno expediente sancionador. Tampoco están habilitados para solicitar al Juez de Instrucción su internamiento, ya que no está incurso en ninguna de las causas que permiten adoptar dicha medida. Por consiguiente, no cabe sino la puesta en

⁵³⁹ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Extranjeros e inmigración: Aspectos jurídicos y socioeconómicos*, coord. PRESNO LINERA, M.A., Valencia, 2004, pág. 185.

⁵⁴⁰ Esta Sentencia también afirma que esas “detenciones” acordadas al margen de los supuestos de ejecución de órdenes de expulsión y devolución, no lo son “preventivas” a los efectos de lo dispuesto en el artículo 17.2 y 3 CE, sino privaciones de libertad acordadas por la Administración sujetas al canon del art. 17.1 CE. Este parece el sentido de la STC 179/2000, de 26 de junio de 2000 (RTC 2000, 179).

⁵⁴¹ En este sentido VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Extranjeros e inmigración...*, cit., pág. 188.

libertad del extranjero, libertad de la que sólo podrá ser privado una vez incoado el procedimiento sancionador, si se formula propuesta de expulsión.

3. DETENCIÓN CAUTELAR PARA FINES DE EXTRADICIÓN

La extradición está regulada en la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de Extradición Pasiva. Esta institución nació con el fin de permitir la entrega a las autoridades extranjeras, para su procesamiento o para la ejecución de una pena, de un extranjero que se encuentra en su territorio. La extradición se sustenta en los principios tradicionales que albergaban cierta desconfianza en los demás sistemas jurídicos de otros países, para ello se exigen el cumplimiento de excesivos requisitos y obstáculos en la entrega del extranjero al país solicitante⁵⁴². Sin entrar a profundizar en el procedimiento y requisitos previstos en la Ley, por exceder de este estudio, si que vamos a examinar cómo se regula la detención cautelar del extranjero extraditado.

El artículo 8.1 de la Ley 4/1985 prevé la detención de una persona que se encuentra en territorio español y que estuviera inculpada o condenada por órganos de justicia de países extranjeros a fines de extradición, en los siguientes términos: *“En caso de urgencia podrá ser interesada la detención como medida preventiva, si bien, deberá hacerse constar expresamente en la solicitud que ésta responde a una sentencia condenatoria o mandamiento de detención firmes, con expresión de la*

⁵⁴² Para regular la extradición en el ámbito de la Unión Europea existían varios y diversos instrumentos normativos que se encargaban de regular la extradición: había Tratados Multilaterales, Convenios Bilaterales, normas emanadas del Consejo de Europa, normas propias de la Unión Europea, etc. A dichas normas provenientes de instituciones

fecha y hechos que la motivan, tiempo y lugar de la comisión de éstos y filiación de la persona, cuya detención se interesa, con ofrecimiento de presentar seguidamente demanda de extradición”.

Respecto al plazo de detención⁵⁴³, el artículo 8.2 de la citada Ley exige la puesta a disposición judicial del reclamado ante el Juzgado Central de Instrucción de guardia “en el plazo no superior a 24 horas”. La detención policial previsto en este caso, de 24 horas, concuerda con las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (artículo 496.1), aún cuando el posterior dictado constitucional lo amplía a 72 horas (artículo 17.2 CE). Siendo objeto de discusión doctrinal cuál es el plazo legalmente aplicable⁵⁴⁴, opinamos que nada impide al legislador ordinario promulgar una norma más favorable a la constitucional que actúa como mínimo denominador⁵⁴⁵.

Respecto al procedimiento de llevar a la práctica la detención del extraditado, se estará a las previsiones contempladas en la LECRIM, en concreto a los artículos 489 y ss. y 520 y ss., relativos a la forma y

internacionales había que añadir la legislación interna de cada Estado que se encargaba de regular estas cuestiones.

⁵⁴³ El párrafo segundo del artículo 8 de la Ley 4/1985, dice: “*La solicitud de detención preventiva se remitirá por vía postal, telegráfica o cualquier medio que deje constancia escrita, bien por vía diplomática, bien directamente al Ministerio de Justicia, bien por conducto de la organización internacional de Policía Criminal, y si en ella constasen todas las circunstancias necesarias, se procederá a la detención del reclamado, poniéndolo a disposición del Juzgado Central de Instrucción de guardia en el plazo no superior a veinticuatro horas para que, si lo estima procedente, decrete la prisión provisional, que dejará sin efecto si transcurridos cuarenta días el país requirente no hubiese presentado en forma la solicitud de extradición”.*

⁵⁴⁴ GIMENO SENDRA, V., *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, (con MORENO CATENA, CORTÉS DOMINGUEZ), Madrid, 2003, pág. 274, con cita de abundante jurisprudencia; y DE HOYOS SANCHO, M., *La detención por delito*, cit., pág. 191, entienden que sigue vigente el plazo máximo de detención en 24 horas.

⁵⁴⁵ En ese sentido se expresa JIMENO BULNES, M., *La orden europea de detención y entrega. Aspectos procesales*, Diario La Ley núm. 5979, de 19 de marzo de 2004, pág. 4.

garantías de proceder, que serán tratadas en otro apartado con más profundidad.

4. EJECUCION DE UNA ORDEN DE DETENCIÓN EUROPEA

La Unión Europea pretende la creación de un espacio común de seguridad y justicia y para ello el Tratado de Ámsterdam de 12 de junio de 2002 encomienda a la Unión *“asegurar que el derecho de libre circulación de los ciudadanos pueda disfrutarse en condiciones de seguridad y justicia accesible a todos, creando una verdadera comunidad de Derecho en la que se asegure la protección efectiva de los derechos de los ciudadanos y en la que la lesión de tales derechos cuente con la respuesta de un sistema judicial sin fronteras dentro de la Unión”*⁵⁴⁶. Con base en ello el Consejo de Ministros de Justicia e Interior adoptó la decisión marco relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros⁵⁴⁷. Para trasponer esa decisión al derecho interno se ha aprobado la LO 2/2003, de 14 de marzo, que modifica los artículos 65 y 88 LOPJ, atribuyendo a la Audiencia Nacional la competencia para la ejecución de las órdenes europeas de detención y entrega, y se ha aprobado la LO 3/2003, de 14 de marzo, que regula la citada orden y que va a ser objeto de comentario.

La Orden de detención y entrega (la LO 3/2003, la denomina en su artículo 1 Orden Europea) pretende sustituir a la extradición en el marco de la Unión Europea. En un espacio europeo sin fronteras, que aspira a convertirse en un espacio de libertad, seguridad y justicia, la orden europea

⁵⁴⁶ Así se dice en la Exposición de Motivos de la LO 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega.

⁵⁴⁷ DOCE L 190/1, de 17 de julio de 2002.

resulta un medio más eficaz y ágil para la entrega de imputados o condenados entre los Estados miembros de la Unión Europea. Todo ello debido a que se simplifica la tramitación y principalmente porque se evita la fase que en la extradición correspondía al poder ejecutivo, residenciando ahora la competencia en órganos jurisdiccionales, de modo que la relación va a ser de autoridad judicial a autoridad judicial⁵⁴⁸.

En este contexto la Ley establece un nuevo sistema cuyas novedades básicas son: 1.º Se establece un modelo único de solicitud de entrega en cualquier Estado miembro de una persona sospechosa de haber cometido un delito o que haya eludido la acción de la justicia después de dictada sentencia penal condenatoria; 2.º La autoridad que recibe la petición no tiene que hacer un nuevo examen de la solicitud para analizar su conformidad con el derecho interno, puesto que la orden europea parte del principio de homologación de todos los sistemas jurídicos (reconocimiento mutuo); 3.º La orden europea en un amplio catálogo de delitos no exige el principio de doble incriminación, de forma que se entregará al afectado aunque el hecho no sea punible en el lugar de cumplimiento.

Sin entrar en un examen comentado de la LO 3/2003, por exceder del presente estudio⁵⁴⁹, vamos a tratar de la ejecución de la orden europea.

⁵⁴⁸ La orden europea representa los nuevos principios y el futuro de la cooperación judicial en materia penal en el ámbito de los países de la Unión Europea, refiriéndonos a los principios de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, confianza, equivalencia e intento de aproximación de legislaciones internas. Así, el artículo III-171 de la Constitución Europea señala que “*la cooperación judicial en materia penal de la Unión se basa en el principio de reconocimiento mutuo de Sentencias y resoluciones judiciales*”.

⁵⁴⁹ Interesa ver: JIMENO BULNES, M., *La orden europea de detención y entrega...*, cit., págs. 1 a 7; ARANGÚENA FANEGO, C., *La orden europea de detención y entrega. Análisis de las Leyes 2 y 3 de 14 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión marco sobre la “euroorden”*, en *Revista de Derecho Penal*, 2003, núm. 10, págs. 11 y ss.; DEL POZO PÉREZ, M., *La orden europea de detención y entrega: Un avance en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los Estados de la Unión Europea (I)*, en *Diario La Ley* núm. 6164, de 10 de enero de 2005, págs. 1 a 24.

En primer lugar hay que distinguir entre “autoridad judicial de emisión” y “autoridad judicial de ejecución”. Las primeras son las que tienen competencia para la emisión de ordenes europeas de detención y entrega con destino a otros Estados miembros, en nuestro país, lo son los Juzgados de Instrucción. Las segundas son los órganos competentes para la ejecución de una euro-orden, en nuestro país sólo los Juzgados Centrales de Instrucción y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional (artículos 65.4 y 88 LOPJ).

La Ley 3/2003 distingue también dos procedimientos, uno para la emisión de una orden europea de detención y entrega (artículos 3 a 8 LO 3/2003) y otro de ejecución de la orden de detención y entrega (artículos 9 a 12 LO 3/2003).

Centrándonos en el procedimiento de ejecución de la euro-orden, nos interesa reseñar cual es el procedimiento para llevar a la práctica las ordenes europeas de detención de la persona reclamada. Según el artículo 13.1 habrá que seguir las previsiones contempladas en la legislación procesal penal española en lo referente a la forma y garantías de proceder a dicha detención, en concreto y de forma específica, a los artículos 489 y ss. y 520 y ss. LECRIM. En cuanto a la forma de la detención, la misma podrá ser realizada por autoridad judicial, policial o por los propios ciudadanos conforma a la ley; en cuanto a las garantías procesales del detenido, la más importante la constituye el derecho a la asistencia letrada e intérprete, si fuera necesario.

Respecto al plazo de detención, el artículo 13.2 de la LO 3/2003 establece un plazo máximo de 72 horas para la detención policial⁵⁵⁰,

⁵⁵⁰ Sobre el plazo máximo de detención policial, ver JIMENO BULNES, M., (*La orden europea de detención y entrega: Aspectos procesales*, cit., pág. 4) que apunta la posible contradicción

computado desde la adopción de la detención en cuanto medida cautelar personal por parte de la concreta autoridad policial y la puesta a disposición judicial de la persona en cuestión. También existe un plazo máximo de 72 horas para la celebración de la audiencia de la persona detenida ante el Juez Central de Instrucción, con asistencia del Fiscal, defensa letrada, e interprete, si fuera necesario.

En la audiencia se oirá al interesado para que manifieste si se conforma con la entrega, prestando consentimiento irrevocable y se oirá al Ministerio Fiscal y demás partes, sobre la procedencia de la entrega, causas de denegación y garantías. En el plazo de 72 horas el Juez Central resolverá sobre la situación personal del afectado, decretando su ingreso en prisión o su libertad provisional (artículos 13, 14 y 17 LO 3/2003)⁵⁵¹. Si el interesado consiente la entrega, previa comprobación de la prestación libre de consentimiento, se dictará auto y se efectuará la entrega en 10 días (artículos 18 y 19). Si no la consiente y previa la realización de las oportunas comprobaciones y prueba, se elevan las actuaciones a la Sala que resolverá mediante auto, no susceptible de recurso.

Una vez dictada resolución la entrega deberá producirse en los 10 días siguientes, prorrogables por otros 10, con posibilidad de suspensión caso de que se den razones de tipo humanitario (artículo 20).

5. DETENCIÓN POR COMISIÓN DE UNA ACCIÓN QUE PUEDA SER CONSTITUTIVA DE INFRACCIÓN PENAL

entre el plazo previsto en la LO 3/2003, y el previsto en la LECRIM, de 24 horas, a la que se remite.

⁵⁵¹ En España se resolvió la primera orden europea de detención y entrega por un Auto de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 10 de febrero de 2004, para la entrega a Finlandia de un inglés buscado en dicho país para ser juzgado por un delito de estafa.

En la detención de un extranjero practicada por presunta comisión de una infracción penal constitutiva de delito, el Código Penal no regula ninguna norma especial, aplicándose las normas previstas en la LECRIM para la detención (artículo 489 y ss. respecto a la forma y artículo 520 y ss. respecto a las garantías) y, en su caso, la prisión provisional, si se cumplen los presupuestos de tal medida cautelar. En cuanto a la posibilidad de detención por realización de faltas, según el Código Penal, tampoco la condición de extranjero determina por sí misma un régimen jurídico distinto. Recuérdese que según el artículo 495 LECRIM establece: “*No se podrá detener por simples faltas, a no ser que el presunto reo no tuviere domicilio conocido ni diese fianza bastante a juicio de la autoridad o agente que intente detenerle*”.

Ahora bien, si se trata de un extranjero indocumentado, ilegal en España, sin domicilio conocido, si podría ser detenido por la comisión de una falta. En la práctica, como en la ley no se regula con la necesaria precisión el contenido de las fianzas a prestar para eludir la detención, la doctrina considera que será la posibilidad de obtener por cualquier otro medio la información necesaria para la identificación y localización del presunto responsable del hecho lo que determinará o no la detención por faltas⁵⁵². Por lo tanto, la detención por faltas ha quedado subsumida en la disposición contenida en el artículo 20.2 LOPSC, de manera que la detención por faltas sólo debe practicarse cuando el detenedor ignore la identidad del infractor. Y ese fin identificador puede conseguirse a través

⁵⁵² JUANES PECES, A., *Medidas cautelares en el Derecho de extranjería*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1999, pág. 31. Según DE LLERA SUÁREZ-BARCENA, E., (*El proceso penal*, cit., pág. 278) en la detención por faltas, los principios de necesidad y proporcionalidad juegan de manera que la detención sólo debe tener lugar cuando sean el único medio de evitar la impunidad de la infracción.

del artículo 20.2 , ya citado⁵⁵³. Por esa razón la detención por faltas debería quedar englobada en el precepto mencionado y, en consecuencia, de *lege ferenda*, el artículo 495 LECRIM deberá ser suprimido⁵⁵⁴.

VIII. EL ESTATUTO JURÍDICO DEL DETENIDO

Al extranjero detenido preventivamente por cualquier causa de las previstas en la Ley de Extranjería o en la LECRIM se le aplicará el estatuto del detenido regulado en la LECRIM, Capítulo IV del Título VI (artículos 520 a 527) bajo la rúbrica “*Del ejercicio del derecho de defensa, de la asistencia de abogado y del tratamiento de detenidos y presos*”, y se le informará de forma inmediata de las causas que motivan la detención y sus derechos, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.3 CE.

La LECRIM regula el estatuto del detenido de forma dispersa y con falta de sistemática⁵⁵⁵. En realidad la LECRIM desarrolla las garantías contenidas en el artículo 17 CE frente a la detención, y las del artículo 24 CE frente a la imputación, y así en el artículo 520 LECRIM recoge derechos del detenido que lo son por su condición de imputado y otros que lo son por su situación de privación de libertad. Además la LECRIM regula en este capítulo tanto las garantías del detenido como las del preso provisional, aunque de forma imperfecta.

Podemos hacer una enumeración de las garantías y derechos específicas del detenido establecidas en el artículo 520, siendo las siguientes:

⁵⁵³ En ese sentido, JUANES PECES, A., *Medidas cautelares en el Derecho de extranjería*, cit., pág. 32.

⁵⁵⁴ Así opina DE LLERA SUÁREZ-BARCENA, E., *El proceso penal...*, cit., pág. 279.

⁵⁵⁵ Algún autor como MORENO CATENA, V. (*El proceso penal...* cit., pág. 1590) afirma que la regulación del estatuto jurídico del detenido es desproporcionado e incoherente.

1. El derecho a ser informado de las razones motivadoras de su privación de libertad y de todos los derechos que le asisten, no sólo como imputado, sino también como detenido, es decir, los demás que se enumeran a continuación.

2. El derecho a la asistencia gratuita de un intérprete, si no conoce la lengua o lenguas oficiales del lugar de su detención.

3. El derecho a que se comunique su detención y lugar de custodia a determinadas personas. Los extranjeros tienen derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la Oficina Consular de su país.

4. El derecho a ser reconocido por un médico.

5. El derecho a la asistencia de un abogado.

6. El derecho a ser puesto en libertad o a disposición judicial en los plazos legales.

7. El derecho al inmediato control judicial de su detención.

Estos dos últimos derechos no vienen enunciados en la LECRIM, pero si se enumeran en el artículo 17, apartado 2 y 4, respectivamente de la Constitución Española.

1. ESPECIALIDADES RESPECTO A LOS EXTRANJEROS DETENIDOS

En el supuesto que se acuerde la detención de un extranjero, se le informará de forma inmediata de las causas que motivan la detención y sus derechos, conforme a lo dispuesto en los artículos 17.3 CE y 520 LECRIM, y los derechos antes mencionados. La plenitud de derechos y garantías del extranjero detenido no tienen una especificidad propia sino que son las propias dentro de la protección procesal de los derechos fundamentales de la persona, considerada en su globalidad en virtud de los

artículos 17.3 y 24 CE. Aún cuando no existen especiales diferencias en los derechos del detenido extranjero, si que se pueden hacer ciertas prevenciones, con carácter general, y de manera especial en cuanto al régimen de la asistencia jurídica gratuita y el derecho de defensa.

Hay que tener en cuenta, conforme al artículo 520.1 LECRIM, que *“la detención y la prisión provisional deberá practicarse en la forma que menos perjudique al detenido o preso en su persona, reputación y patrimonio”*. Con fundamento en ello, la autoridad gubernativa debe ser consciente de que el extranjero detenido cautelarmente en virtud de una infracción administrativa, no es un infractor de normas penales y, en consecuencia, merece un tratamiento escrupuloso, lo que deberá traducirse en la separación de los extranjeros de los delincuentes comunes en los calabozos, traslados y conducciones distintas entre delincuentes e infractores administrativos, evitar dificultades para la comunicación con letrados o familiares, etc. Consciente de este diferente trato que se debe dar a los extranjeros infractores respecto de los detenidos de carácter penal, alguna institución⁵⁵⁶ ha solicitado la oportuna reforma de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a fin de que sean los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y no los Juzgados de Instrucción los que tengan la competencia para autorizar o no los internamientos preventivos de los extranjeros.

El Tribunal Constitucional⁵⁵⁷ también señala alguna particularidad en el supuesto de que el extranjero es detenido a efectos de identificación, conforme al artículo 20.1 LOSC; así, respecto a la información de los

⁵⁵⁶ En ese sentido la asociación ANDALUCÍA ACOGE, representados por DORADO NOGUERAS, F.M. / RODRIGUEZ CANDELA, J.L., asesor jurídico y Presidente, respectivamente de dicha Asociación.

⁵⁵⁷ STC 341/1993, de 18 de noviembre (RTC 1993, 341).

derechos que recoge el artículo 17.3 CE, el requerido al acompañar a la fuerza pública será informado de forma inmediata y comprensible, de las razones de tal requerimiento de modo expreso, inexcusable para que el afectado sepa a qué atenerse. Las demás garantías dispuestas en el artículo 17.3 hallan su preferente razón de ser en la detención preventiva, por lo que no se adecuan enteramente a un supuesto de privación de libertad como el previsto en el artículo 20.1 mencionado, pues el mismo no permite interrogar ni investigar a la persona sobre más extremos que los atinentes a su identificación. Tampoco resulta indispensable que la identificación misma haya de llevarse a cabo necesariamente en presencia o con la asistencia de Abogado, garantía cuya razón de ser está en la protección del detenido y en el aseguramiento de la corrección de los interrogatorios a que pueda ser sometido.

A) El derecho de asistencia jurídica gratuita

Merece especial trascendencia el derecho a la asistencia jurídica gratuita de los extranjeros y su consecuente derecho de defensa. Regulado en el artículo 22 LO 4/2000 (redacción dada por LO 8/2000) que establece: *"1. Los extranjeros que se hallen en España y que carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita tiene derecho a ésta en los procedimientos administrativos o judiciales que puedan llevar a la denegación de su entrada, a su devolución o expulsión del territorio nacional y en todos los procedimientos en materia de asilo... 2. Los extranjeros residentes que acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita en iguales*

condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan”.

El precepto diferencia entre los extranjeros residentes en España y el resto de extranjeros presentes en nuestro territorio nacional. Respecto a estos últimos se condiciona el ejercicio de este derecho a la exigencia de dos requisitos: 1.º Que ha de tratarse de extranjeros “*que se hallen en España*”, entendiendo por “hallar” la presencia física en España; 2.º Que se trate de personas que “*carezcan de recursos económicos suficientes según los criterios establecidos en la normativa de asistencia jurídica gratuita*”⁵⁵⁸.

En todo caso, la asistencia jurídica gratuita va acompañada del derecho a la “*asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice*” (artículo 22.1 LO 4/2000)⁵⁵⁹.

Respecto a los extranjeros “*residentes que acrediten suficiencia de recursos económicos para litigar*” el artículo 22 LO 4/2000 les reconoce el derecho de asistencia jurídica gratuita “*en iguales condiciones que los españoles en los procesos en los que sean parte, cualquiera que sea la jurisdicción en la que se sigan*”.

La regulación ha sido criticada por la doctrina⁵⁶⁰ por cuanto la distinción que recoge el texto se refiere a todos los órdenes

⁵⁵⁸ La Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia jurídica gratuita, establece en su artículo 2: “*En los términos y con el alcance previstos en esta Ley y en los Tratados y Convenios Internacionales sobre la materia en los que España sea parte, tendrán derecho a la asistencia jurídica gratuita: a) los ciudadanos españoles, los nacionales de los demás Estados miembros de la Unión Europea y los extranjeros que residan legalmente en España, cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar*”. El subrayado es nuestro, porque el inciso “legalmente” ha sido declarado nulo por la STC de 22 de mayo de 2003, con los argumentos que a continuación examinaremos.

⁵⁵⁹ De la misma forma se regula en el artículo 14.3 f) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y en el artículo 6.3, e) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades fundamentales.

jurisdiccionales, sin hacer salvedad especial al orden penal, como ocurre en la Ley 1/1996 de Asistencia Jurídica Gratuita. Además, es criticable porque LO 4/2000 desatiende la incidencia que el derecho a la asistencia jurídica gratuita tiene en la práctica del derecho a la tutela judicial efectiva, reconocida en el artículo 24 CE y artículo 20.1 LO 4/2000, atribuible en general a todos, nacionales y extranjeros, con independencia de cual sea su situación en nuestro país. La falta de recursos es más que previsible que se dé en los extranjeros cuya situación en España no esté legalizada, lo que les privará de acceder a los órganos jurisdiccionales con objeto de satisfacer sus peticiones conculcando, de esta manera, el derecho a la tutela judicial efectiva.

Esta situación legal viene a ser modificada en parte por la STC 95/2003, de 22 de mayo, que constituye un precedente vinculante acerca de la constitucionalidad de la LO 4/2000. La citada Sentencia resuelve el recurso 1555/96 planteado por el Defensor del Pueblo, contra el inciso del apartado a) del artículo 2 de la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, inciso que, en el caso de los extranjeros, restringe la aplicación del beneficio de justicia gratuita en todos los órdenes jurisdiccionales a aquellos “que residan legalmente en España”⁵⁶¹.

El Tribunal Constitucional reitera su doctrina⁵⁶² conforme a la cual el derecho a la asistencia jurídica gratuita establecido en el artículo 119 CE “consagra un derecho instrumental respecto al derecho de acceso a la

⁵⁶⁰ ESPLUGUES MOTA, C., *El nuevo régimen jurídico de la inmigración en España*, (con DE LORENZO SEGRELLES, M.), Valencia, 2001, pág. 171.

⁵⁶¹ De conformidad con el artículo 2 de la Ley 1/1996, los extranjeros que no residen legalmente en España y que no cuenten con recursos, sólo pueden acogerse a la asistencia jurídica gratuita en los procesos penales y en los contencioso-administrativos concernientes al asilo.

⁵⁶² STC 183/2001, de 17 de septiembre (RTC 2001, 183); STC 117/1998, de 2 de junio (RTC 1998, 117); STC 16/1994, de 20 de enero (RTC 1994, 16).

jurisdicción reconocido en el artículo 24.1". Un derecho de carácter prestacional y de configuración legal, pero que no permite traspasar el contenido constitucional indisponible de ese mismo precepto, concretado en la declaración de que tal gratuidad se debe reconocer *"en todo caso respecto a quienes acrediten insuficiencia de recursos para litigar"*.

De acuerdo con el inciso impugnado, los extranjeros que no residen legalmente en España, aunque acreditasen insuficiencia de recursos para litigar verían imposibilitado su acceso al control de la legalidad de la actuación de la Administración (como en permisos de residencia o trabajo, exenciones de visado, o expulsiones), por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa. Precisamente por ello la Sentencia reafirma la relación instrumental en este ámbito y esa es la primera razón de la nulidad del precepto impugnado⁵⁶³.

Finalmente, cuando el legislador determina el concepto jurídico "insuficiencia de recursos para litigar", todas las personas que acrediten encontrarse en esta situación deben poder beneficiarse de la justicia gratuita, y cuando se dice "todos", es porque esos son los titulares del derecho a la tutela judicial efectiva: el legislador no puede establecer más discriminación en el acceso a ese instrumento de la tutela judicial efectiva que el de encontrarse en la insuficiencia de recursos. Hacer distinciones

⁵⁶³ El fundamento 7.º de la STC 95/2003 trata de acotar el requisito de residencia: este será constitucional, por tanto, habría que leer el inciso del apartado a) del artículo 2 "que residan en España", como una situación de hecho: es inconstitucional restringir el derecho a quienes residan legalmente en España, pero no a quienes residan, es decir, a quienes "se hallan en territorio español". Para DE LUCAS MARTÍN, J., (*Derecho a la asistencia jurídica gratuita y derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los extranjeros*, Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana num. 7 de 2004, Pág. 124), esta "precisión resulta deficiente, se trata de una precisión indeterminada e imprecisa; si lo que el Tribunal pretende es no incurrir en una restricción indebida al exigir la residencia legal, no puede evitarlo por la vía de equiparar la residencia a una mera situación fáctica consistente en "hallarse en España", pues esa solución crea más problemas que los resuelve: abarcaría no sólo a los inmigrantes irregulares,

dentro de esa categoría, por ejemplo, por razón de nacionalidad o residencia legal, es discriminar injustificadamente, y eso es inconstitucional.

En definitiva, el inciso “legalmente” del artículo 2, a) de la Ley 1/1996 se declara nulo por la STC 95/2003; y el término “residan” del mismo artículo sólo es constitucional si se interpreta conforme al fundamento jurídico 7 de la mencionada resolución.

Por otra parte, no otorgar el derecho a la justicia gratuita a todos los extranjeros y que carecen de recursos económicos supone negarles el derecho a la defensa técnica durante el proceso (artículo 24.2 CE), garantía inescindible del principio de contradicción y de igualdad procesal entre las partes⁵⁶⁴.

A continuación vamos a analizar con más profundidad cada uno de los derechos, que constituyen, lo que podemos denominar el “Estatuto jurídico del detenido”.

2. EL DEBER DE INFORMACIÓN AL DETENIDO

Al deber de información se refiere el artículo 17.3 CE que prescribe: *“toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de*

sino a los trabajadores temporales, a los turistas, etc. El problema que subyace es una cuestión de mayor calado: la vinculación entre ciudadanía, nacionalidad y derechos”.

⁵⁶⁴ El Tribunal Constitucional ha reiterado que dentro del derecho al acceso a los Tribunales hay que incluir el derecho a la asistencia jurídica gratuita cuando existe insuficiencia de recursos para litigar, incluso cuando la asistencia letrada no sea obligatoria. Entre otras STC 236/1988, de 28 de diciembre (RTC 1988, 236); STC 16/1994, de 20 de enero (RTC 1994, 16); y STC 37/1988, de 3 de marzo (RTC 1988, 37) que recuerda: *“...el mismo Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 13 de mayo de 1980 (caso Artico) declaró que el artículo 6.3 del Convenio consagra el derecho a defenderse de manera adecuada personalmente o a través de Abogado, derecho reforzado por la obligación del Estado de proveer en ciertos casos de asistencia judicial gratuita (...) obligación que no se satisface por el simple nombramiento o designación de un abogado del turno de oficio, sino con una asistencia técnica efectiva...”.*

*modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención”*⁵⁶⁵.

Al deber de información se refieren también los artículos 118 y 520 LECRIM, que fueron reformados por Ley 53/1978 de 4 de diciembre, dando lugar a una nueva redacción de dichos artículos. El artículo 118 dispone: *“toda persona a quien se le impute un hecho punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquier otra medida cautelar, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho”*, precepto que se complementa con el artículo 520 LECRIM, que fue reformado por LO 14/1983, de 12 de diciembre, que dispone en su apartado 2: *“ toda persona detenida o presa será informada de modo que le sea comprensible, y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan y las razones motivadoras de su privación de libertad, así como de los derechos que le asisten...”*.

El derecho a la información o a ser informado de la imputación, en rigor, se configura como un presupuesto del derecho a la defensa, por cuanto es indispensable y necesario como algo previo al ejercicio de la defensa, pues mal puede auto-defenderse, u organizar la defensa técnica del cliente, quien no sabe de qué se le acusa o qué hechos se le imputan. La Constitución Española reconoce explícitamente esta manifestación o presupuesto del derecho de defensa en el artículo 24.2, cuando afirma: *“...Todos tienen derecho a ser informados de la acusación*

⁵⁶⁵ Este derecho también se halla recogido en los artículos 9.2 PIDCP y 5.2 CEDH. El primero dispone que *“toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada, sin demora, de la acusación formulada contra ella”*. El segundo establece que *“toda persona detenida preventivamente debe ser informada, en el más breve plazo y en una lengua que comprenda, de los motivos de su detención y de cualquier acusación formulada contra ella”*.

formulada contra ellos...” Además, el derecho a ser oído presupone saber lo que se puede y debe decir, por lo que el derecho a la información como presupuesto parece lógicamente anterior a cualquier otra posibilidad o facultad procesal⁵⁶⁶.

La relevancia que se le da al derecho a ser informado viene de su condición de *prius* lógico en la mayoría de las detenciones para que el detenido pueda ejercer los derechos que le asisten. Por tanto, es imprescindible para salvaguardar los derechos de la defensa una puntual, completa, oportuna y comprensible información; se trata de la pieza fundamental para que no resulte una vana formulación o una simple *desideratum* lo que aparece como garantía constitucional⁵⁶⁷.

A menudo la instrucción penal comienza con una situación personal de detención del que debe terminar siendo imputado, siendo necesario hacer referencia al derecho del defensa que tiene el detenido y cuyas características, fundamento y finalidad no son absolutamente coincidentes, aunque se encuentren en algunas de sus manifestaciones; sobre este extremo analizamos más adelante el derecho de defensa del detenido.

El derecho a ser informado de la imputación, o de la acusación, se proclama en el artículo 24.2 CE, como se ha dicho. También se reconoce expresamente en el artículo 14.3 del PIDCP, y en el artículo 6.3 a) del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Individuales, que dice: “a) *A ser informado, en el más breve plazo, en una*

⁵⁶⁶ Así lo afirma expresamente la STC 19/2000, de 31 de enero (RTC 2000, 19): “*De suerte que conocer los hechos delictivos que se imputan a una persona constituye el primer elemento a tener presente en relación con el derecho de defensa, pues mal puede defenderse de algo quien no conoce los hechos delictivos que se le imputan*”.

⁵⁶⁷ MORENO CATENA, V., *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal...*, cit., pág. 27.

lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él”.

Si bien la Constitución Española no determina el contenido ni la forma de ejercicio de tal derecho, es el Tribunal Constitucional quien determina la efectividad de este derecho de información como presupuesto y parte del contenido del derecho de defensa⁵⁶⁸. Sobre su contenido esencial la STC 134/1986⁵⁶⁹ apuntó: “...*El derecho a la información de la acusación, para permitir la defensa adecuada, debe referirse fundamentalmente al objeto del proceso, que no se identifica tanto con una calificación jurídica como con un hecho individualizado como delito. La identidad del hecho y del inculpaado determina el alcance de la cosa juzgada e incluso de tal identidad depende exclusivamente la congruencia del fallo con la acusación. La información debida de la acusación requiere que se precisen, al menos, los hechos imputados posibilitando la acusación así comunicada la defensa con invocación de la existencia o no de los hechos imputados y la proposición de pruebas al respecto*”. En puridad este derecho a ser informado de la acusación no queda reducido a dar traslado del escrito de acusación para que el acusado pueda eficazmente contestarlo, sino que su contenido es mucho más amplio, comprendiendo una serie de garantías que se pueden concretar en: a) Información al detenido o imputado de todos sus derechos, tanto en sede policial como en sus declaraciones judiciales; b) Información de la

⁵⁶⁸ La STC 149/1997, de 29 de septiembre (RTC 1997, 149) afirma el derecho fundamental a ser informado de la acusación, estableciendo como doctrina constitucional una triple exigencia derivada de este derecho de información: a) nadie puede ser acusado sin haber sido con anterioridad judicialmente imputado; b) nadie puede ser acusado sin haber sido oído por el Juez con anterioridad; y c) el imputado puede ser sometido a declaraciones simplemente testificales si de las diligencias practicadas puede inferirse que existe sospecha contra él de haber participado en la comisión de un hecho punible.

⁵⁶⁹ STC 134/1986, de 29 de octubre (RTC 1986, 134).

imputación inicial antes de los interrogatorios policial y judicial; c) Información sobre los hechos que constituyen la base de la imputación y del material probatorio en que se sustentan; d) Información de los fundamentos jurídicos de la imputación, de la calificación jurídica de los hechos que se le imputan; e) Información de los cambios que puedan producirse en el contenido de la acusación, para con ese conocimiento previo disponer de tiempo y posibilidad para articular la contradicción efectiva y alegar lo que a su derecho convenga; f) Por último, todas estas informaciones se han de verificar a través de una lengua comprensible, lo que implica, en su caso, el derecho a ser asistido el imputado en sus declaraciones por un intérprete.

También en el proceso abreviado se establece el deber de informar al imputado de sus derechos en la primera comparecencia (artículo 775.1 LECRIM)⁵⁷⁰; y en el mismo sentido se recoge la obligación de informar por parte de la Policía Judicial, durante el periodo de detención, o incluso cuando no exista detención, pero si exista imputado (artículo 771.2 LECRIM)⁵⁷¹. Así, el derecho de información también alcanza al imputado no detenido, y cuando sea citado para ser oído (artículo 486 LECRIM) con carácter previo al interrogatorio, el Juez le informará de los derechos que

⁵⁷⁰ El artículo 775.1 dispone tras la reforma por LO 38/02, de 24 de octubre: “*En la primera comparecencia el Juez informará al imputado, en la forma más comprensible, de los hechos que se imputan. Previamente el Secretario le informará de sus derechos y le requerirá para que designe un domicilio en España en el que se harán las notificaciones...*”

⁵⁷¹ El artículo 771.2 tras la reforma por Ley 38/02, establece. “*En el tiempo imprescindible, y en todo caso, durante el tiempo de la detención, si la hubiere, la Policía Judicial practicará las siguientes diligencias:...2º. Informará de la forma más comprensible al imputado no detenido de cuáles son los hechos que se le atribuyen y de los derechos que le asisten. En particular, le instruirá de los derechos reconocidos en los apartados a), b), c) y e) del artículo 520.2*”

le asisten y de los hechos que se le imputan, evitando que declare en calidad de testigo⁵⁷².

La Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma de la LECRIM, ha establecido una especie de jerarquía y orden cronológico en la información de derechos al imputado cuando en el nuevo artículo 775 dispone: “*previamente será el Secretario Judicial quien le informará de sus derechos*”, reservando después para el Juez la información “*de los hechos que se le imputan*”. La razón de esta distinción es evidente: el Secretario Judicial ilustra al imputado de sus derechos, que son instrumentos del derecho fundamental a la defensa; el Juez de Instrucción informa de los hechos que van a constituir el fundamento de la declaración del imputado. Sobre la ilustración de sus derechos al imputado, ya se ha dicho, el derecho de información exige “ilustrarle de la totalidad de los derechos que integran la defensa”. Una relación de estos derechos viene expresamente determinada en el artículo 520.2 LECRIM, que referido al detenido se extiende actualmente al imputado por aplicación del nuevo artículo 771.2º LECRIM.

A) Momento de la información

La determinación de cuando surge el derecho a ser informado y del correlativo deber de ilustración de la imputación resulta, en principio, muy clara: tan pronto como se haya determinado el hecho y su presunto autor. La misma calificación del sujeto pasivo del proceso permite establecer ciertas pautas fiables. Así, cuando se produce la detención de determinada persona, es evidente que es, al menos, sospechoso de ser autor de un

⁵⁷² En tal supuesto, si la declaración del imputado se hace sin esa información, de debe

concreto hecho punible. La detención, pues, es diligencia capaz para hacer surgir el derecho de información. Producida la detención de una persona debe ser ilustrada de la imputación que haya contra él. Los formularios judiciales y policiales recogen tal información.

La primera garantía de que goza el detenido al ser informado de sus derechos y razones de detención debe producirse inmediatamente, es decir, sin tardanza, expresión que se recoge en el artículo 17.3 CE y artículo 520.2 LECRIM, lo que debe entenderse como en el momento de su detención; pero teniendo en cuenta que dicha detención puede producirse de manera violenta, habrá que tener en cuenta las circunstancias en que se produce la misma, para dejar en un segundo término la información de las razones de la detención, por lo que se puede cumplimentar en el más breve plazo de tiempo⁵⁷³, no teniendo por qué coincidir el momento de la detención y el de la información, pudiendo practicarse en el lugar más próximo y reservado⁵⁷⁴. En definitiva, el cumplimiento de tal información no ha de darse de forma precipitada o inoportuna, debiendo realizarla cuando se hayan adoptado las medidas de seguridad para garantizar la aprehensión material del detenido, y después de eliminar los riesgos personales y materiales derivados de la misma detención⁵⁷⁵.

Se hace aconsejable que tal requisito se cumpla cuando el detenido se halla en las dependencias policiales, dejando constancia escrita de tal información policial. De esta forma se realiza en la práctica habitual, adjuntando en los atestados policiales un acta debidamente cumplimentada

considerar como prueba prohibida y será objeto de nulidad (artículo 238.3 LOPJ).

⁵⁷³ En ese sentido se expresa SALIDO VALLE, C. (*La detención policial...*, cit., pág. 279) lo que no quiere decir que la información deba practicarse en el mismo instante en que se priva de libertad a una persona.

⁵⁷⁴ Así opina GIMENO SENDRA, V. *Derecho Procesal. Proceso penal...*, cit., pág. 353.

⁵⁷⁵ En ese sentido MORENO CATENA, V, *El proceso penal...*, Tomo V, cit. pág.1596.

de la instrucción de los derechos al detenido⁵⁷⁶. Otro momento en que se debe informar al detenido es antes de proceder a su declaración. Así el artículo 520.6 LECRIM establece como parte de la asistencia letrada “solicitar, en su caso, que se informe al detenido o preso de los derechos establecidos en el número 2 de este artículo y que se proceda al reconocimiento médico señalado en el párrafo f)”. En este momento tiene especial importancia la información al detenido del derecho al silencio total o parcial, del artículo 520.2 a) y 2 b) LECRIM.

Además, el art. 520 LECRIM establece el deber de las autoridades judiciales a cuya disposición se encuentren los detenidos de informar a éstos de sus derechos⁵⁷⁷. Así pues, cuando el detenido haya sido puesto a disposición judicial, se deberá informar nuevamente por la autoridad judicial del motivo de su detención y de los derechos que constan en el artículo 520.2, en concreto antes de proceder a la primera declaración del detenido se le informará nuevamente de los derechos que se le imputan y de las razones motivadoras de su detención y de los restantes derechos contenidos en los apartados a) a f) del artículo 520.2 LECRIM .

En el procedimiento abreviado el artículo 775 distribuye la información al imputado entre el Juez, a quien corresponde la información de los hechos que se le imputan; y de los derechos como tal imputado, que corresponde al Secretario Judicial, a quien corresponde también hacer el requerimiento para que designe un domicilio en España para recibir notificaciones, con la advertencia de que la citación realizada en dicho

⁵⁷⁶ La Jurisprudencia no considera imprescindible que la información se realice de forma escrita, pudiendo realizarse de forma oral (STS de 5 de diciembre de 1996. Colex Data 96P2752).

⁵⁷⁷ En ese sentido el artículo 520. 4 “La autoridad judicial y los funcionarios bajo cuya custodia se encuentre el detenido o preso...”, y 6 b) “solicitar de la autoridad judicial o funcionario que hubiesen practicado la diligencia...”

domicilio permitirá el juicio en ausencia conforme al artículo 786 LECRIM.

Si la determinación de cuando surge el derecho de información resulta clara cuando existe una detención, no lo es tanto cuando el imputado no está detenido⁵⁷⁸. La primera cuestión que debe aclarar es qué se entiende por imputado. La Ley 7/1988, de 28 de octubre, que introdujo el Procedimiento Abreviado, opta por referirse al imputado (antiguos artículos 780, 785 y 789) como la persona contra quien se inicia un procedimiento judicial. El concepto de imputado se vincula con la actuación procesal y se considera tal a quien el Juez de Instrucción valora como supuesto autor o partícipe del hecho delictivo que está siendo objeto de su instrucción⁵⁷⁹.

La última reforma de la LECRIM, por Ley 38/2002, avanza en el contenido del término imputado, pues el nuevo artículo 771, 2º LECRIM, cuando quiere referirse a la actuación de la Policía Judicial con el no detenido, no vacila en llamarle imputado, por lo que ya legalmente la condición de imputado no queda supeditada a la consideración de una

⁵⁷⁸ Sobre el concepto de imputado el Tribunal Constitucional se expresó en STC 44/1985, de 22 de marzo (RTC 1985, 44) cuando dijo: *“El artículo 118 LECRIM reconoció la nueva categoría del imputado a toda persona a quien se le atribuya, más o menos fundadamente, un acto punible, permitiéndole ejercitar el derecho de defensa en su más amplio contenido, actuando en el procedimiento penal cualquiera que éste sea, desde que se le comunique inmediatamente la admisión de denuncia o querrela o cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito, o haya sido objeto de detención, o de cualquier otra medida cautelar, o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho”*. Sobre el concepto de imputado, ver DE OÑA NAVARRO, J.M., *“El derecho de defensa en la fase de instrucción del proceso penal en la doctrina del Tribunal Constitucional”* en Constitución y garantías penales. Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid. 2004, pág. 191 y ss.

⁵⁷⁹ DE OÑA NAVARRO, J.M., *El derecho de defensa en la fase de instrucción...*, cit., pág. 194, recoge el éxito de la expresión “imputado” alcanzando una categoría procesal propia y evitando connotaciones peyorativas de otros términos más duros como inculcado, encartado, acusado o procesado. En la evolución del concepto influyó la STC 186/1990 que vinculó la condición de imputado con la citación para la primera comparecencia que regulaba el derogado artículo 789.4º LECRIM.

persona como tal por la autoridad judicial, sino que parece considerarse como imputado a todo aquel a quien se atribuya más o menos fundadamente un acto punible, antes incluso de la intervención del Juez de Instrucción, esto es, al que podemos llamar imputado policial pero finalmente también imputado. Esta extensión legal del concepto de imputado viene a fijar el momento inicial del derecho a ser informado de los hechos supuestamente delictivos a dos situaciones, personales y procesales: la detención y la imputación del no detenido, cualquiera que sea la autoridad que pueda acordarla, Juez de Instrucción, Ministerio Fiscal o Policía Judicial⁵⁸⁰.

B) Forma de la información de derechos

Respecto a la forma de realizar tal información, el artículo 17.3 CE y el artículo 520.2 LECRIM establecen que debe realizarse “*de modo que le sea comprensible*”, lo que se debe entender en un doble sentido, primero que la información se transmita en una lengua que comprenda el detenido, y segundo, que el detenido llegue a entender cuál es su situación y las posibilidades que le ofrecen los derechos que le son informados⁵⁸¹.

Esta información implica la necesidad de que el detenido quede efectivamente enterado de los extremos sobre los que se le informa. No

⁵⁸⁰ DE OÑA NAVARRO, J.M., *El derecho de defensa en la fase de instrucción...*, cit., pág. 195, entiende que “*el nuevo artículo 771.2ª LECRIM adelanta el momento de la imputación que deja de ser un concepto estrictamente procesal para tener también una vertiente pre-procesal*”. En cualquier caso, la Ley 38/2002 distingue el concepto de imputado, de especial amplitud pero con importantes efectos en la asunción y adquisición de derechos, y el concepto de inculcado judicial que ahora viene perfilado en el nuevo artículo 779 LECRIM que impone al Juez de Instrucción la función de delimitación objetiva y subjetiva de los hechos que han de ser objeto de enjuiciamiento. En el nuevo procedimiento abreviado, el auto del artículo 779 supone la inculcación judicial del anteriormente imputado, como el de procesamiento lo es del imputado en un procedimiento ordinario o sumario.

⁵⁸¹ Así lo manifiesta SALIDO VALLE, C., *La detención policial...*, cit., pág. 282.

basta con leerle los artículos 17 CE y 520 LECRIM, en presencia del detenido, ni tampoco queda cumplida con facilitarle un impreso donde se enumeren los derechos que le asisten, será necesario darle las explicaciones necesarias para que llegue a entender cuál es su situación y las opciones posibles para defenderse⁵⁸². Cuando se habla de derecho a la información debemos referirnos a una información completa y detallada al detenido de sus derechos, incluido el de iniciar un procedimiento de *Habeas Corpus*, siempre de modo que le sea comprensible.

La información que se da al detenido que no comprenda el idioma español debe realizarse mediante la intervención de intérprete, siendo además uno de los derechos de los que se le informa el ser “*asistido gratuitamente por un intérprete*” (artículo 520.2.e LECRIM). Este derecho si bien se establece de forma clara para los extranjeros que no comprendan o no hablen el castellano, el Tribunal Constitucional lo extiende también a todos los españoles que lo necesiten⁵⁸³, para evitar discriminación contraria al artículo 14 CE, a pesar de establecerse en el artículo 3 del texto constitucional el deber de todos los españoles de conocer la lengua oficial del Estado.

Este derecho a ser asistido de intérprete gratuito y por lo tanto la información de los derechos que haga el intérprete se refiere también al supuesto de que el detenido sea sordomudo que no sepa leer o escribir, en

⁵⁸² En ese sentido MORENO CATENA, V., *El proceso penal...*, tomo V, cit., pág. 1595. Afirma que debe suprimirse la práctica de hacer firmar a los detenidos en las Comisarías de Policía la diligencia de información de sus derechos en impresos donde se recoge con más o menos fiabilidad y alguna que otra omisión lo dispuesto en la LECRIM, habiendo procedido antes a una lectura rutinaria, (*Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal...*, cit., pág. 27)

⁵⁸³ STC 74/1987, de 25 de mayo (RTC 1987, 74), que resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno Vasco contra la LO 14/83 de 12 de diciembre, que da nueva redacción al artículo 520 LECRIM.

tal supuesto el artículo 442 LECRIM regula la posibilidad de utilizar dicho intérprete de sordomudo.

Es importante el modo en que debe producirse la información al detenido, de tal manera que éste llegue a entender aquello que se le informa. El policía o autoridad judicial que informa al detenido debe asegurarse que entiende el alcance de lo que se le informa, debiendo utilizar términos claros y precisos⁵⁸⁴, especialmente en lo que se refiere a los derechos que puede ejercer, como el derecho al silencio.

Merece destacar el modo en que se cumple el deber de información cuando se trate de detenidos extranjeros o menores de edad. En el supuesto de los extranjeros porque además de necesitar intérprete, en su caso, éste no solo deberá traducir el contenido de los derechos sino que deberá hacérsele saber en que consiste, puesto que al proceder de otro país, otra cultura y otra mentalidad le puede resultar más difícil entender la situación en la que se encuentra.

Cuando se trata de menores de edad la información de derechos debe realizarse de modo adecuado a la edad del menor. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor, aprobada por LO 5/2000, de 12 de enero (en lo sucesivo LORPM) establece en su artículo 17.1 que *“Las autoridades y funcionarios que intervengan en la detención de un menor deberán practicarla en la forma que menos perjudique a éste y estarán obligados a informarle en un lenguaje claro y comprensible y de forma inmediata, de los hechos que se le imputan, de las razones de su detención y de los derechos que le asisten, especialmente los reconocidos en el*

⁵⁸⁴ La STEDH de 30 agosto 1990 (caso Fox, Campbell y Hartley) afirma que el artículo 5.2 CEDH *“obliga a notificarle al detenido, en palabras sencillas y corrientes, los fundamentos legales y de hecho de su privación de libertad, para que pueda discutir su legalidad ante un órgano judicial de acuerdo con el apartado 4...”*.

artículo 520 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como a garantizar el respeto de los mismos...”. Será en cada caso concreto el que indique cómo o cuándo se le ha de informar, y en ocasiones será conveniente el aplazamiento del acto de información de derechos al menor por el escaso conocimiento y comprensión de éste. En estos casos la información se debe producir ante el titular de la patria potestad o tutela o ante el Ministerio Fiscal⁵⁸⁵, a quienes se deberá comunicar necesariamente el hecho de la detención y lugar de custodia por disposición del artículo 17.1 LORPM. También al menor de edad se le instruirán nuevamente de los derechos que le asisten en el momento de la incoación del expediente judicial, realizando la información el Juez, el Ministerio Fiscal o el agente de policía⁵⁸⁶.

C) Contenido del derecho de información

Dentro del deber de informar se comprende también las “razones de la detención” del artículo 17.3 CE y que se concretan en el artículo 520.2 LECRIM en *“los hechos que se le imputan y de las razones motivadoras de su privación de libertad”*. Son dos los aspectos que debemos señalar, en primer lugar, “los hechos que se le imputan”, que no son otros que los que justifican la detención. Se tratará de hechos punibles, delitos o faltas, de

⁵⁸⁵ Así lo mantiene SALIDO VALLE, C., “*La detención del menor de edad penal*” en Justicia 90, núm. 1, pág. 130.

⁵⁸⁶ Establece el artículo 22 LORPM “1. Desde el mismo momento de la incoación del expediente, el menor tendrá derecho a: a) Ser informado por el Juez, el Ministerio Fiscal o agente de policía de los derechos que le asisten; b) Designar abogado que le defienda, o a que le sea designado de oficio y a entrevistarse reservadamente con él, incluso antes de prestar declaración; c) Intervenir en las diligencias que se practiquen durante la investigación preliminar y en el proceso judicial, y a proponer y solicitar, respectivamente, la practica de diligencias; d) Ser oído por el Juez o Tribunal antes de adoptar cualquier resolución que le concierna personalmente; e) La asistencia afectiva y psicológica en cualquier estado y grado del procedimiento, con la presencia de los padres o de otra persona que indique al menor, si el Juez de Menores autoriza su presencia; f) La asistencia de los servicios del equipo técnico adscrito al Juzgado de Menores”.

los que se presume participe el detenido, ello supone una mínima calificación jurídico penal por la policía que detiene. Mediante la calificación se pretende subsumir el hecho imputado en un tipo penal⁵⁸⁷. En definitiva tal calificación y participación constituyen el “*fumus boni iuris*” o presupuesto material de la detención⁵⁸⁸.

La Circular 8/1978, de 30 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, restringe el contenido de la información que debe darse al detenido a la mención específica del delito⁵⁸⁹. Esta interpretación es criticada por la doctrina, que la considera contraria al fin perseguido por el legislador y la propia Constitución. MORENO CATENA⁵⁹⁰ dice que no es lo mismo informar de las razones de la detención que simplemente despachar la cuestión con un mero dato técnico, con la designación de un tipo delictivo. La Constitución establece que de inmediato se informe al detenido, que se le den explicaciones y luego se interrogue. En la detención imputativa éste adquiere la condición de imputado, por lo que tendrá derecho a conocer los hechos que se le imputan, pero además al estar detenido, no basta con

⁵⁸⁷ SALIDO VALLE, C., *La detención policial...*, cit., pág. 269. MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso penal*, Madrid. 1982, pág. 61 y ss; entiende que es insuficiente “*la mención específica de la figura de delito por que se procede*”. No se adecua en rigor a lo que quieren la Constitución y la LECRIM, porque no es lo mismo informar de las razones de la detención que despachar este deber proporcionando al detenido un simple dato fáctico, designando una figura delictiva.

⁵⁸⁸ La STEDH de 30 de agosto de 1990 (caso Fox, Campbell y Hartley) señala “*que no se exige una información detallada; el precepto sólo obliga a informarle, cuanto antes, del fundamento legal de su detención y de los hechos esenciales pertinentes, a la vista del Derecho interno, para considerar su legalidad*”.

⁵⁸⁹ Establece la citada Circular 8/1978: “*Esta notificación de los motivos de la detención no es posible ni en muchos casos sería prudente que se extendiera a más de lo que establece a tal efecto el artículo 513 para el contenido de las requisitorias, es decir, la mención específica de la figura del delito por el que se procede. Cualquier otro dato podría arriesgar el éxito de la investigación*”.

⁵⁹⁰ MORENO CATENA, V., *El proceso penal...*, cit., pág. 1598. También AYA ONSALO, A., (*La nueva regulación de la asistencia letrada al detenido o preso por LO 14/83*, en “*Revista Vasca de Administración Pública*”, 1984, pág. 389) afirma que la comunicación no puede ser tan concreta que se hable de subsunción en un tipo penal, pero tampoco tan abstracta que produzca indefensión.

informarle de los hechos imputados, sino además se le informará de las razones de su detención. Esas “razones de la detención” que el detenido tiene derecho a conocer son las causas o motivos legales (artículos 490, 492, 495 LECRIM) que han fundado la detención.

También se refiere el artículo 520.2 LECRIM a la obligación de informar de “las razones de la detención”, del por qué de la detención. Con la información de las razones motivadoras de la privación de libertad se entiende el presupuesto de “*periculum in mora*”, es decir, los antecedentes del detenido o de las circunstancias del hecho que haga presumir al policía que no comparecerá ante la autoridad judicial cuando fuere llamado (artículo 492.3º LECRIM). Las razones de la detención se refieren a las causas que han determinado el acuerdo de la privación de libertad.

Las razones o motivos de tal medida cautelar tienen un contenido propio distinto de la información sobre los hechos imputados, según se desprende de su regulación en el artículo 17.3 CE, que regula el derecho a la libertad, mientras que el derecho a conocer la acusación se proclama en el artículo 24 CE⁵⁹¹. La información sobre las razones de la detención es una consecuencia del derecho de libertad personal reconocido en el artículo 17.1, puesto que si nadie puede ser privado de su libertad sino en virtud de lo previsto en aquella norma, es lógico que se informe al detenido sobre la concurrencia del supuesto que determina la detención.

Esta integración del “derecho a conocer” en el más amplio derecho de defensa ha sido recordada por la STC 19/2000 (FJ 4)⁵⁹²: “*el conocer los hechos delictivos que se imputan a una persona constituye el primer*

⁵⁹¹ En ese sentido GÁLVEZ MONTES, J., “*Seguridad personal*”, comentario al artículo 17 CE en “Comentarios a las leyes políticas” (director Oscar Alzaga), Tomo II, 1984, pág. 371.

elemento a tener presente en relación con el derecho de defensa, pues mal puede defenderse de algo quien no conoce los hechos delictivos que se le imputan”.

Por su parte, la STEDH de 25 de marzo de 1999 (caso Pelissier y Sassi contra Francia) afirma: *“El Tribunal considera que en materia penal, una información precisa y completa de los cargos que pesan contra un acusado y, por lo tanto la calificación jurídica que los tribunales pudieran presentar en su contra, es una condición esencial de la equidad del procedimiento”.*

3. LA INFORMACIÓN DE LOS DERECHOS

El artículo 17.3 CE ordena que cualquier persona detenida debe ser informada de las razones de su detención y además también debe ser informada de sus derechos. En el mismo sentido del artículo 2 LECRIM obliga a toda Autoridad o funcionario que intervenga en el procedimiento penal *“ a falta de disposición expresa, a instruir al presunto reo de sus derechos y de los recursos que puedan ejercitar, mientras no se hallare asistido de defensor”.* Además el artículo 520.2 LECRIM obliga al órgano encargado de la investigación oficial a informar al detenido de sus derechos, con carácter general y especialmente de los que dicho artículo enumera. En el mismo sentido se expresan los artículos 118.1 y 771.2 LECRIM⁵⁹³.

⁵⁹² STC 19/2000, de 31 de enero (RTC 2000, 19), y en el mismo sentido: STC 277/1994, de 17 de octubre (RTC 1994, 277); STC 95/1995, de 19 de junio (RTC 1995, 95) y 36/1996, de 11 de marzo (RTC 1996, 36).

⁵⁹³ El artículo 771.2 establece: *“En el tiempo imprescindible, y en todo caso, durante el tiempo de la detención, si la hubiera, la Policía Judicial practicará las siguientes diligencias:...2. Informará en la forma más comprensible al imputado no detenido de cuáles*

La Circular de la Fiscalía General del Estado 8/1978, de 30 de diciembre, se refería a esta información, conformándose también con la entrega de una copia del precepto de la LECRIM: *“En relación con la información de los derechos que le asisten parece lo más recomendable e inequívoco que los agentes encargados de ejecutar el arresto entreguen al detenido una copia de este artículo 520”*. Esta previsión sin embargo, no parece totalmente acertada, porque todos los derechos del detenido no se contienen solamente en el citado artículo, aunque si principalmente.

Los derechos reconocidos en el artículo 520.2 se concretan en los derechos que explicamos en los apartados que siguen.

A) El derecho al silencio

Este derecho al silencio se halla reconocido en el artículo 17.3 CE como derecho a no ser obligado a declarar; y en el artículo 520.2.a) y b) LECRIM, como derecho al silencio en sus diversas manifestaciones, de modo absoluto, por negarse a declarar, o parcial, negándose a contestar alguna de las preguntas que se le formulen, o manifestando que sólo declarará ante el Juez, cuando ejercite este derecho en la detención practicada por la policía. Dispone el artículo 520.2, a): *“Derecho a guardar silencio no declarando si no quiere, a no contestar alguna o algunas de las preguntas que le formulen, o a manifestar que sólo declarará ante el Juez”*. Y como manifestación más específica se recoge en el artículo 520.2, b): *“Derecho a no declarar y a no confesarse culpable”*.

son los hechos que se le atribuyen y de los derechos que le asisten. En particular de los derechos reconocidos en los apartados a), b), c) y e) del artículo 520.2 “

Una vez identificado el detenido en la investigación policial, éste debe declarar en el atestado policial. Si después de informado de sus derechos, el detenido decide ejercitar su derecho al silencio, no tiene razón de ser su permanencia como detenido en las dependencias policiales, puesto que tampoco es posible forzar una declaración del detenido⁵⁹⁴, por lo que se deberá de terminar el atestado para poner el detenido a disposición del Juez de Instrucción⁵⁹⁵, al igual que cuando el detenido manifiesta que sólo declarará ante el Juez⁵⁹⁶.

El ejercicio de este derecho quedará documentado en las diligencias policiales a través de la firma en el acta de información de los derechos, o bien en el acta declaratoria del detenido, que se inicia pero que no se llega a realizar ante la negativa a declarar.

B) Derecho a la designación de Abogado

El artículo 520.2 c) LECRIM establece el “ *derecho a designar abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias*”

⁵⁹⁴ El detenido no podrá ser obligado a declarar si mediare la utilización de algún procedimiento que violente en cualquier forma su voluntad, pues junto al derecho a no declarar, el artículo 15 CE prohíbe los tratos inhumanos y degradantes, y además el CP tipifica en el artículo 174 el delito de torturas, según el cual “*comete tortura la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que haya cometido, la sometiere a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión, o de cualquier otro modo atente contra su integridad moral*”.

⁵⁹⁵ La STS de 8 de febrero de 1994 (RJA núm. 667) señala: “*...visto que el denunciado sólo quería declarar ante el Juez, debió proceder el acusado a la entrega de aquél al de Instrucción de ... y no decir al Letrado que le asistió... que era demasiado pronto para llevarlo ante la Autoridad Judicial*”.

⁵⁹⁶ En ese sentido se expresa PORTILLA CONTRERAS, G., *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público...*, cit., pág. 323, y SALIDO VALLE, C., *La detención policial...*, cit., pág. 289; considerando abusiva la retención policial en calabozos durante horas en espera de una declaración que no se va a producir.

policiales y judiciales de declaración e intervenga en todo reconocimiento de identidad de que sea objeto. Si el detenido o preso no designara abogado, se procederá a la designación de oficio". La designación de Abogado será de confianza, y sí no lo hace se le designa de oficio para asistir a las diligencias policiales y judiciales. A esta asistencia letrada designada por la ley es la que se refiere en el artículo 17.3 CE.

Es un derecho que se comparte con la condición de imputado en el proceso penal⁵⁹⁷. Según la doctrina el derecho de defensa nace en el momento de la imputación de un hecho punible, considerándose como tal imputación, la detención policial, que forma parte de un proceso penal entendido en sentido material⁵⁹⁸. El derecho de defensa puede ejercitarse por toda persona a quien se impute un hecho punible, desde que se le comunique la existencia del procedimiento penal, haya sido objeto de detención o cualquier otra medida cautelar (artículo 118.1 LECRIM y artículo 25.2 LOTJ).

a) Derecho de defensa y derecho de asistencia letrada

La doctrina está dividida en torno a si el derecho a la asistencia letrada puede ser entendido como un derecho condicionado al derecho de

⁵⁹⁷ La categoría de "imputado" la define el Tribunal Constitucional como "*la nueva categoría que ha de reconocerse a toda persona a quien se atribuye más o menos fundadamente un acto punible, permitiéndole ejercitar el derecho de defensa en su más amplio contenido*". STC 128/1993, de 19 de abril (RTC 1993, 128); STC 290/1993, de 4 de octubre (RTC 1993, 290); STC 277/1994, de 17 de octubre (RTC 1994, 277) y STC 155/2000, de 12 de junio (RTC 2000, 155).

⁵⁹⁸ Sobre el derecho de defensa interesa: DE OÑA NAVARRO, J.M., *El derecho de defensa en la fase de instrucción del proceso penal*, en "Constitución y garantías penales". CGPJ, Cuadernos de Derecho Judicial. Madrid. 2004; MORENO CATENA, V., *El derecho de defensa en las diligencias realizadas por el Ministerio Fiscal*. Estudios jurídicos. Ministerio Fiscal VI. Madrid. 1997; MORENO CATENA, V., *Algunos problemas del derecho de defensa. La reforma del proceso penal*. Ministerio de Justicia. Madrid. 1989. págs. 449 y ss.; GRIMÁ LIZANDRA, V., *El*

defensa o por el contrario puede ser considerado como un derecho autónomo⁵⁹⁹.

Consideramos que el derecho a la designación y asistencia letrada se debe de entender como un instrumento del derecho de defensa⁶⁰⁰.

Por derecho de defensa se puede entender el derecho fundamental que asiste a todo imputado y a su Abogado defensor a comparecer inmediatamente en la instrucción y a lo largo de todo el proceso penal a fin de poder contestar con eficacia la imputación o acusación contra él existente, articulando con plena libertad e igualdad de armas los actos de prueba, de postulación e impugnación necesarios para hacer valer dentro del proceso penal el derecho a la libertad que asiste a todo ciudadano que, por no haber sido condenado, se presume inocente⁶⁰¹. Expresado de otra manera, es el derecho que habilita para el ejercicio de las facultades reconocidas al imputado por las leyes sustantivas y procesales que le permiten oponerse a la pretensión penal que en el ejercicio del *ius puniendi* corresponde al Estado.

En la Constitución Española el derecho fundamental de asistencia letrada aparece reconocido en dos momentos: En el artículo 17.3 que dice: “*Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias*

derecho de defensa y el derecho de asistencia letrada en las detenciones policiales, en Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana, núm. 13- 2005, pág. 25 a 47.

⁵⁹⁹ SOLDADO GUTIERREZ, (El derecho del detenido a la asistencia letrada, Justicia, 1989, Vol..2, pág.611), considera que el derecho a la asistencia letrada está contemplado en nuestra Constitución, en sí mismo, como un derecho autónomo, independiente, tanto en el artículo 17.3 como en el artículo 24.2 y que éste último artículo se refiere a dos derechos fundamentales íntimamente ligados, convergentes, pero diversos: el derecho de defensa y el derecho a la asistencia letrada.

⁶⁰⁰ MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso penal*, cit., pág. 24. Según este autor el derecho de defensa se instrumentaliza en una serie de derechos que la legislación ordinaria reconoce al imputado y que son también proclamados por la Constitución, como derechos fundamentales de la persona. Es decir, una de las formas de ejercitar el sujeto pasivo el derecho de defensa es contando con la asistencia letrada para hacer efectivos sus derechos e intereses.

⁶⁰¹ En este sentido GIMENO SENDRA, V., *Los procesos penales*, cit., pág. 84.

policiales y judiciales, en los términos que la les establezca". Y en el artículo 24.2 se proclama: "*Todos tiene derecho(...)a la defensa y a la asistencia de letrado(...)*".

La perspectiva desde la que se contempla la asistencia letrada es diferente en ambas normas. En el artículo 17.3 el punto de vista es el del derecho a la libertad ambulatoria y se predica del detenido. En el artículo 24.2, el punto de vista es el del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio justo, y se predica del "acusado" o, mejor, del "imputado". No obstante, se debe advertir que, en la mayoría de ocasiones, el detenido policial es también un imputado (detención imputativa), por lo que le serán predicables las dos normas.

La concepción que viene siendo utilizada por la doctrina, especialmente en el proceso penal, identifica derecho de defensa con el que asiste a todo imputado, acusado o procesado en un procedimiento penal⁶⁰².

En todo caso, el derecho de defensa es un "derecho marco"⁶⁰³, en cuyo ámbito se asientan otra serie de derechos del justiciable, varios de los cuales operan como presupuestos para su realización y otros sirven como instrumentos para su ejercicio, estando alguno de ellos también reconocidos constitucionalmente. Así, como *presupuestos* del derecho de defensa se pueden considerar: el derecho a ser informado de la acusación, el derecho de audiencia bilateral o principio de contradicción y el derecho de acceso al proceso penal. Y como *instrumentos*, el derecho de asistencia letrada, el derecho a la prueba, el derecho a no declarar contra sí mismo, el

⁶⁰² DE OÑA NAVARRO, J.M., (*El derecho de defensa en la fase...*; cit., pág. 171) distingue una vertiente o dimensión activa del derecho de defensa, consagrada en la CE, artículo 24.1, que prohíbe la indefensión, con la importante consecuencia de ser un derecho susceptible de amparo constitucional.

⁶⁰³ MORENO CATENA, V., *Algunos problemas del derecho de defensa*, cit., pág. 450.

derecho a no confesarse culpable, el derecho a los recursos y el derecho a la última palabra.

Como hemos visto, el derecho de asistencia letrada tiene como fundamento y finalidad esencial garantizar la defensa; la razón de ser del derecho de asistencia letrada es evitar al indefensión. Como dice la STS de 28 de septiembre de 1995⁶⁰⁴, la asistencia letrada “va irremediamente unida” al derecho de defensa.

Este es el derecho de mayor importancia para el detenido porque la asistencia no se reduce sólo a la defensa por los hechos imputados sino que además sirve para garantizar el efectivo ejercicio de los demás derechos⁶⁰⁵. El contenido esencial del derecho de asistencia letrada al detenido ha sido fijado por el Tribunal Constitucional, declarando que *“la esencia del derecho del detenido a la asistencia letrada es preciso encontrarlo, no en la modalidad de la designación del Abogado, sino en la efectividad de la defensa, pues lo que quiere la Constitución es proteger al detenido con la asistencia técnica de un Letrado, que le preste su apoyo moral y ayuda profesional en el momento de su detención, y esta finalidad se cumple objetivamente con el nombramiento de un Abogado de oficio, el cual garantiza la efectividad de la asistencia de manera equivalente al Letrado de libre designación”*⁶⁰⁶.

⁶⁰⁴ STS, Sala II, de 28 de septiembre de 1995 (RA 6757).

⁶⁰⁵ En este sentido el Tribunal Constitucional en Sentencia 196/87 de 11 de diciembre, (RTC 1987, 196), declara que el derecho a la asistencia de abogado presenta un doble aspecto; como garantía del derecho a la libertad (artículo 17) frente a las situaciones de detención; y además, como garantía de defensa deducida del derecho al proceso debido (artículo 24), especialmente del proceso penal. En ella se declara la constitucionalidad del artículo 527.a LECRIM, en la redacción que le dio la LO 14/1983, de 12 de diciembre. Asimismo las SSTC 21/1981, de 15 de junio (RTC 1981, 21) y 48/1982, de 5 de julio (RTC 1982, 48).

⁶⁰⁶ STC 196/1987, de 11 de diciembre (RTC 1987, 196).

b) *El contenido esencial del derecho de asistencia letrada al detenido*

La asistencia letrada tiene como función fundamental tutelar el derecho a la libertad del ciudadano que ha sido sometido a un procedimiento penal⁶⁰⁷ frente al *ius puniendi* del Estado. Destacan dos aspectos de la defensa en el proceso penal: la defensa como derecho público subjetivo y la defensa como garantía y tutela de la libertad.

El Tribunal Constitucional en Sentencias 196/1987 y 38/2003⁶⁰⁸ señala una triple finalidad a la exigencia de intervención del abogado en la detención, que coincide con lo que podríamos llamar los tres elementos de su contenido esencial:

a) Función de garantía, que consiste en “*asegurar, con su presencia personal, que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción o trato incompatible con su dignidad y libertad de declaración*”.

b) Función probatoria, que supone “*comprobar, una vez realizados y concluidos los interrogatorios, la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración que se le presenta a la firma*”.

c) Función de defensa, que consiste en “*asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio, así como la presencia activa del Letrado en los interrogatorios*”.

De estos tres elementos, el Tribunal Constitucional destaca como más relevante la última: “*lo esencial del derecho del detenido a la*

⁶⁰⁷ En ese sentido, SALIDO VALLE, C., *La detención policial...*, cit., pág. 335 y MORENO CATENA, V., *Algunos problemas del derecho de defensa. La reforma del proceso penal*. Ministerio de Justicia. Madrid. 1989, pág. 23

⁶⁰⁸ STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5 (RTC 1987, 196); STC 38/2003, de 27 de febrero, FJ 4 (RTC 2003, 38).

asistencia letrada es preciso encontrarlo en la efectividad de la defensa, pues lo que quiere la Constitución es proteger al detenido con la asistencia técnica de un Letrado, que le preste su apoyo moral y ayuda profesional en el momento de la detención”.

El derecho de defensa en el proceso penal tiene un contenido y aspecto característico, pues se integra por una especie de binomio o doble derecho constituido por la autodefensa que el acusado puede hacer por sí mismo y la defensa técnica por abogado o defensa jurídica propiamente dicha que pretende ser eficaz en el sentido de respetar las garantías esenciales y necesarias para que aquel derecho subjetivo y fundamental pueda ser realmente ejercitado⁶⁰⁹. En definitiva, cuando se menciona el derecho de defensa, debe contemplarse siempre desde esta perspectiva dual: la del propio acusado y la de su defensa técnica o jurídica, o lo que es lo mismo, defensa privada y defensa pública. En cualquier caso, ambas formas de defensa coinciden en la misma finalidad: hacer valer los derechos y la pretensión del imputado, su derecho a la libertad, en última instancia⁶¹⁰.

⁶⁰⁹ MORENO CATENA, V., (*Algunos problemas del derecho de defensa...*, cit., pág. 29), habla de “ejercicio unitario de un único derecho por dos personas distintas” o “defensa dual por dos sujetos procesales”. La STC 29/1995, de 6 de febrero (RTC 1995, 29) establece: “el derecho a defenderse por sí mismo no se agota en su dimensión de derecho alternativo al derecho de defensa, sino que posee siempre un contenido propio, relativamente autónomo, en cuanto expresión del carácter, en cierto modo, dual de la defensa penal integrada por la concurrencia de dos sujetos procesales, el imputado y su Abogado defensor, con independencia del desigual protagonismo de ambos”.

⁶¹⁰ La autodefensa o defensa privada tiene manifestaciones en nuestra regulación legal: artículo 24.2 CE (derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable); artículo 739 LECRIM (derecho a la última palabra). También el Tribunal Constitucional asume la coexistencia entre autodefensa y defensa técnica, así STC 29/1995, de 6 de febrero (RTC 1995, 29) dice: “sin que la opción a favor de una de esas tres posible formas de defensa implique la renuncia o la imposibilidad de ejercer alguna de las otras, siempre que sea necesario para dar realidad efectiva en cada caso a la defensa en un juicio penal”

c) *La defensa técnica*

El artículo 24.2 CE proclama el “*derecho a la defensa y a la asistencia letrada*”. El imputado tiene el derecho a ser asesorado y auxiliado por un abogado. Es el derecho de defensa técnica. Como dice DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ⁶¹¹ es “*el derecho de todo justiciable a hacerse defender ante los tribunales por un abogado*”.

*La defensa técnica se puede definir*⁶¹² como “*aquella que se hace efectiva por personas peritos en Derecho que tiene como profesión el ejercicio de esta función técnico-jurídica de defensa de las partes que actúan en el proceso, para poner de relieve sus derechos y contribuir con su conocimiento a la orientación de los fines que cada parte persigue en el proceso y, en definitiva, a facilitar los fines del proceso mismo*”⁶¹³.

Las razones que consagran el derecho de defensa técnica, dotando al inculcado de los medios necesarios para disponer de un abogado defensor, parecen obvias. Entre otras⁶¹⁴: la inferioridad en que puede encontrarse el inculcado, por falta de conocimientos técnicos y a la presencia del Ministerio Fiscal y del Juez; en el proceso penal debe regir el principio de igualdad de armas, pues ejercitando el *ius puniendi* del Estado un profesional experto como es el Fiscal, la exigencia de la igualdad impone que sea controvertida por un Abogado experto en materias jurídicas; también la dificultad para comprender de una forma adecuada las

⁶¹¹ DÍEZ PICAZO GIMÉNEZ. I., *Artículo: 24. Garantías procesales*, Madrid, 1996, pág. 76.

⁶¹² DE OÑA NAVARRO, J.M., (*El derecho de defensa en la fase de instrucción...*, cit., pág. 210) sigue la opinión de FENECH dada en 1960 en su *Derecho Procesal Penal*.

⁶¹³ La STC 91/2000, de 30 de marzo, FJ 13 (RTC 2000, 91), reconoce este derecho de modo categórico: “*el que ha de ejercer el derecho de defensa es el acusado: el Letrado se limita a “asistirle” técnicamente en el ejercicio de sus derechos(...) la opción por la asistencia jurídica gratuita y por la de un letrado de elección, no puede entenderse como renuncia o impedimento para ejercer la defensa por sí mismo. Ambas son compatibles, de modo que la defensa técnica no es, en definitiva, sino un complemento de la autodefensa*”.

cuestiones que surjan en el proceso; y finalmente la falta de serenidad o la imposibilidad física de actuar oportunamente en el supuesto de detención o prisión.

En esencia, el derecho a la asistencia letrada se traduce para el imputado en tres derechos o facultades: a) Derecho a la libre designación de Abogado defensor o Abogado de nombramiento; b) Derecho, en caso de no hacer uso del anterior, a que sea designado uno de oficio o a instancia de la autoridad que ordena las actuaciones y que quedan reducidas en el ámbito penal al Juez, Ministerio Fiscal y Policía Judicial; c) Derecho a gozar de asistencia jurídica gratuita, determinado por la necesidad de garantizar un juicio justo y de solventar la falta de recursos económicos del justiciable.

En cualquier caso, la intervención de Abogado defensor no tiene naturaleza disponible. Aún cuando la defensa técnica aparezca reconocida como un derecho más que como un deber, no cabe que la autodefensa (salvo que el propio imputado sea licenciado en Derecho o Abogado en ejercicio) desplace a la defensa técnica⁶¹⁵, convirtiéndose en un requisito procesal. Además la defensa técnica ha de ser eficaz, cuestión de especial importancia cuando el defensor es de oficio, pero no regulada en nuestra legislación de manera expresa. El Tribunal Constitucional se refirió a “*la necesidad de garantizar la efectividad de la defensa impidiendo la*”

⁶¹⁴ MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso penal*, cit., pág. 66.

⁶¹⁵ La STC 135/1991, de 17 de junio (RTC 1991, 135), establece “*la obligación del Ministerio Fiscal de velar para que se pueda ejercitar el derecho de defensa mediante la designación de abogado de oficio, ejerciendo sus funciones en defensa de la legalidad y de los derechos e intereses de los que, sean cuales fueren las circunstancias, se ven impedidos de hacerlo*”

posibilidad de que se convierta en una simple designación con ausencia de asistencia efectiva”⁶¹⁶.

También el TEDH tuvo ocasión de pronunciarse en Sentencia de 13 de mayo de 1980 (caso *Ártico*) en el que exigía la “efectividad de la defensa” que no se satisface con el mero nombramiento de oficio, sino que exige una “asistencia efectiva que garantice el disfrute real de ese derecho”, imponiendo a las autoridades “en caso de eludir sus deberes, la obligación de sustituirle u obligarse a cumplir su obligación”⁶¹⁷.

El derecho a la asistencia de abogado se impone de forma obligatoria para todo detenido: “*si el detenido o preso no designara abogado, se procederá a la designación de oficio*”. Hay que argumentar a favor de dicha obligatoriedad⁶¹⁸: El derecho a la defensa técnica ha de configurarse como un derecho inviolable, lo que significa que su titular no puede ser despojado de él contra su voluntad a favor de otros sujetos y, por eso mismo, el inculpado ha de gozar de un control en su ejercicio; inviolabilidad equivale y significa inalienabilidad; se trata de un derecho

⁶¹⁶ STC 178/1991, de 19 de septiembre (RTC 1991, 178). También en Sentencia 105/1999, de 14 de junio (RTC 1999, 105) afirma: “*Aun cuando en el proceso penal, según hemos dicho con insistencia, el Juez o Tribunal debe nombrar al imputado o al acusado un Abogado de oficio cuando se den ciertas circunstancias, no basta para considerar satisfecho el derecho de defensa con la mera designación de los correspondientes profesionales, siendo necesario que los así nombrados proporcionen una asistencia real y operativa a sus patrocinados*”. Y recientemente, la STC 47/2003, de 3 de marzo (RTC 2003, 47) ha dicho: “*corresponde a los órganos judiciales velar por evitar la indefensión del justiciable en el proceso penal, especialmente en los casos en que la dirección y representación se realiza mediante la designación de oficio, no bastando para tutelar el derecho de defensa la designación de los correspondientes profesionales, sino que la realización efectiva del derecho de defensa requiere, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus Sentencias de 9 de octubre de 1979 (caso *Airey*), de 13 de mayo de 1990 (caso *Ártico*) y 25 de abril de 1983 (caso *Pakelli*), proporcionar asistencia letrada real y efectiva*”.

⁶¹⁷ La Jurisprudencia del TEDH así lo ha establecido también en Sentencias de 25 de abril de 1983, caso *Pakelli*; de 9 de abril de 1984, caso *Goddi*, y más recientemente en Sentencia de 28 de octubre de 1994, caso *Boner* contra Reino Unido.

⁶¹⁸ MORENO CATENA, V., *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal*, cit., pág. 28.

renunciable y no cabe hablar de una obligación de defenderse, como lo acreditan los supuestos de “conformidad” o “confesión” del acusado. Puede convenirse que estructuralmente la presencia de un abogado que asista al inculpado en la investigación, no es necesaria. La obligatoriedad sólo puede responder a dos razones: o bien se establece con carácter tuitivo, porque el legislador considere que los ciudadanos no comprenden bien el alcance de esta garantía; o bien, se muestra reticente de que las autoridades encargadas de la investigación penal vayan a hacer comprender de forma suficiente al inculpado que se le reconoce un derecho fundamental a recabar la asistencia de un abogado⁶¹⁹. Así y todo, la regulación de la presencia obligatoria del abogado en relación con el detenido no resulta del todo satisfactoria. Según establece el art. 520.4 LECRIM el detenido puede encontrarse hasta ocho horas, o más si ha designado uno de su elección y éste no acepta el cargo, privado de libertad y sin prestar declaración ni poder instar la práctica de diligencia alguna, para proceder finalmente a declarar o a ser reconocido aún sin la presencia y asistencia de abogado alguno.

La asistencia letrada, como hemos visto, supone que el ejercicio del derecho fundamental de defensa se realiza, por su complicación técnico-jurídica, a través de la asistencia de un abogado defensor. En el ámbito de este derecho es necesaria la relación imputado o detenido-defensor como presupuesto para el ejercicio efectivo y real de aquellos derechos, que empieza con el contacto personal o entrevista entre el sujeto pasivo y su defensor. La comunicación entre ambos ha ido reconociéndose progresivamente en el tiempo, siendo en 1983 cuando se reguló el derecho

⁶¹⁹ MORENO CATENA, V., *La defensa en el proceso penal*, cit., pág. 107. En el juicio oral la defensa técnica obligatoria efectivamente responde a una exigencia del proceso correcto .

a la entrevista reservada entre defendido y Abogado al término de la diligencia, y ampliándose su extensión y desarrollo en reformas posteriores. Sobre esta materia tratamos en otro apartado.

d) Momento del derecho a la designación de abogado

Es de interés determinar cuando surge el derecho de defensa y cuando procede la designación de Abogado. Parece que el momento en que surge el derecho de defensa está vinculado a dos situaciones personales: la detención y la imputación del no detenido. El derecho de defensa surge desde el momento de la detención o desde el momento en que se presume con un mínimo de fundamento que determinada persona puede haber tenido participación en un hecho punible y se practican actuaciones policiales, judiciales o del Ministerio Fiscal contra él.

La nueva regulación del artículo 771.2º LECRIM que introdujo la Ley 38/2002 distingue el concepto de imputado, de especial amplitud pero con importantes efectos en la adquisición de derechos, del concepto de inculcado judicial que viene perfilado por el artículo 779 LECRIM, que impone al Juez de Instrucción la función de delimitación objetiva y subjetiva de los hechos. En el nuevo procedimiento abreviado, el auto del artículo 779 supone la inculcación judicial del anteriormente imputado⁶²⁰.

Íntimamente relacionado con este derecho surge la cuestión de determinar el inicio de la exigencia obligada a la asistencia letrada. El artículo 118 LECRIM vincula ese momento a “*cuando la causa llegue a*

⁶²⁰ DE OÑA MORENO, J.M., *El derecho de defensa en la fase...*, cit., pág. 195.

un estado en que se necesite su consejo o hayan de intentar algún recurso que hiciere indispensable su actuación”⁶²¹.

La Ley 38/2002 que reforma el Procedimiento Abreviado vincula, por una valoración conjunta de los artículos 771.2º y 767 LECRIM, el momento inicial del derecho y su carácter irrenunciable, con el concepto amplio de imputado antes analizado, al exigir a la Policía Judicial (artículo 771.2º) que ilustre al imputado no detenido, puesto que el detenido ya estará asistido de letrado, de los derechos reconocidos en el artículo 520 LECRIM, y entre ellos el derecho a designar Abogado y a solicitar su presencia para que asista a las diligencias policiales y judiciales de declaración. Como requisito previo para articular la defensa es necesario el conocimiento de la imputación y ello es precisamente lo que innova la Ley 38/2002, pues ahora expresamente se obliga a la Policía Judicial a informar al imputado no detenido, puesto que para la persona detenida ya lo contempla el artículo 520.2 LECRIM, de los hechos que se le atribuyen y de los derechos que le asisten, como especifica el artículo 771.2 LECRIM: *“Informará en la forma más comprensible al imputado no detenido de cuáles son los hechos que se le atribuyen y de los derechos que le asisten. En particular, le instruirá de los derechos reconocidos en los apartados a), b) y c) del artículo 520.2”*.

Esta expresa remisión al artículo 520 parece significar que la asistencia letrada es ya obligada, de nombramiento o de oficio, aunque el imputado no esté detenido, porque la ley pretende ahora equiparar al no detenido con el que sí lo está. Confirmando esta equiparación, el nuevo

⁶²¹ El Tribunal Constitucional también concreta esta situación en *“la sospecha fundada del Instructor acerca de la participación de la persona en los hechos punibles y garantizándole así el acceso al proceso con aquella cualidad (de imputado) con la finalidad de asegurar la plena*

artículo 767 LECRIM establece categóricamente que desde la imputación, ya sea hecha por la Policía Judicial, Ministerio Fiscal o autoridad judicial, será necesaria la asistencia letrada⁶²².

Hasta la entrada en vigor de la Ley 38/2002 el problema consistía en determinar el momento en el cual la intervención de abogado defensor era preceptiva en aquellos supuestos en que la persona no había sido detenida. Esta cuestión ha sido ampliamente debatida en la doctrina⁶²³, pero desde la entrada en vigor el 28 de abril de 2003 de la Ley 38/2002, el problema del momento de la preceptividad de la asistencia de abogado defensor ha dejado de existir, ahora es el artículo 767 el que establece el momento procesal en el que es obligatorio la asistencia de abogado defensor: "*Desde la detención o desde que de las actuaciones resultare la imputación de un delito contra persona determinada será necesaria la asistencia letrada...*".

La actual regulación que ofrece este artículo refuerza considerablemente las garantías del imputado por lo que consideramos que es perfectamente aplicable al procedimiento ordinario ya que la regulación efectuada responde al espíritu de nuestra Constitución. La configuración que realiza del régimen de la intervención preceptiva del abogado defensor

efectividad del derecho de defensa y evitar que puedan producirse, ya en fase de instrucción, situaciones materiales de indefensión" (STC 290/1993, de 13 de octubre (RTC 1993, 290).

⁶²² DE OÑA NAVARRO, J.M., *El derecho de defensa en la fase...*, cit., pág. 206.

⁶²³ GIMENO SENDRA, V., *Fundamentos de Derecho procesal*, Madrid, 1981, pág.186; MONTERO AROCA, J., *Introducción al Derecho Procesal*, 2º edic., Madrid, 1979, pág. 248, entre otros, entendían que la asistencia de abogado era preceptiva a partir del auto de procesamiento. De distinta forma opina MORENO CATENA, V., *Algunos problemas del derecho de defensa*, Justicia, 1990, núm. 3, pág. 570, y así recogido por LÓPEZ JIMÉNEZ, R., *La intervención del abogado defensor en el proceso penal ordinario, abreviado y en el enjuiciamiento rápido de delitos a la luz de lo previsto por la L 38/2002, de 24 de octubre*, en *Tribunales de Justicia*, núm. 4, abril, 2003, La ley, pág. 8; para quien una interpretación literal del artículo 118 LECRIM, éste sólo indica que el imputado podrá ejercitar el derecho de defensa "*desde que le comunique la existencia de la imputación(...) o se haya acordado su procesamiento*". Estos dos supuestos que introduce el citado artículo demuestran la vaguedad e imprecisión del legislador en orden a aclarar definitivamente el momento procesal preceptivo de asistencia letrada.

en el procedimiento abreviado resulta inmejorable desde el punto de vista constitucional, porque significa potenciar el derecho del imputado a la defensa garantizándole la asistencia de abogado desde el mismo momento de la imputación de un hecho punible⁶²⁴.

También en el enjuiciamiento rápido, creado por la Ley 38/2002, este derecho es irrenunciable, porque, o bien desde las primeras actuaciones policiales existirá un detenido o imputado, en cuyo caso deberá ser asistido de Abogado (artículo 520.2,c) LECRIM), o bien se le designará de oficio si no quiere hacer uso de su derecho, tal como establece el nuevo artículo 796.1.2ª LECRIM, como obligación de la Policía Judicial, que debe informar a la persona, a la que se atribuya el hecho punible, del derecho que le asiste de comparecer ante el Juzgado de guardia asistido de abogado. No obstante, sigue disponiendo dicho artículo que si el interesado no manifestare expresamente su voluntad de comparecer asistido de Abogado la Policía Judicial recabará del Colegio de Abogados la designación de un letrado de oficio, por lo que su comparecencia ante el Juzgado de Guardia será con obligada asistencia letrada, considerándose por tanto una exigencia legal.

e) Tramitación de la designación de abogado

El ejercicio del derecho de asistencia letrada supone una serie de actuaciones del detenido, del Policía o Autoridad que le custodia, del Juez y del abogado mismo, que hacen que el derecho en sí se encuentre reforzado, al imponer a la autoridad policial el deber de permitir la asistencia de abogado y el deber de gestionar tal asistencia. La LECRIM regula con detalle tales actuaciones que vamos a describir.

⁶²⁴ Así, LÓPEZ JIMÉNEZ, R., *La intervención del abogado defensor...*, cit., pág. 13.

e') Designación de abogado de confianza

La primera actuación supone la designación de abogado por el detenido, una vez instruido de su derecho a ser asistido por el abogado que designe. Este podrá ejercitarlo inmediatamente, haciéndolo constar así en la diligencia de instrucción de derechos, para ello se indicará el nombre y apellidos del abogado designado, pudiendo facilitar otros datos personales del mismo como su domicilio o despacho profesional y que permitan identificarle. A la hora de hacer esta elección, el órgano investigador se abstendrá de hacerle recomendaciones (artículo 520.4 LECRIM)⁶²⁵. Una vez designado, los funcionarios o autoridades deberán comunicar dicha elección al Colegio de Abogados, que, a su vez, lo hará al designado para que manifieste su aceptación o renuncia, procediendo de oficio al nombramiento de otro Abogado, cuando el primero no acepte⁶²⁶. Efectivamente, el privado de libertad puede designar un abogado concreto o pedir que le asista el abogado de oficio.

En la defensa técnica, con carácter general, podemos distinguir entre la llevada a cabo por un defensor de confianza, de la desarrollada por un defensor de oficio, en función de quién realice el nombramiento del defensor del imputado, primando en nuestro ordenamiento procesal la

⁶²⁵ El artículo 520.4 LECRIM dice: “*La autoridad judicial y los funcionarios bajo cuya custodia se encuentre el detenido o preso se abstendrán de hacerle recomendaciones sobre la elección de Abogado y comunicarán en forma que permita su constancia al Colegio de Abogados el nombre del Abogado elegido por aquél para su asistencia o petición que se le designe de oficio...*”.

⁶²⁶ Continúa el artículo 520.4 con el siguiente tenor: “*El Colegio de Abogados notificará al designado dicha elección, a fin de que manifieste su aceptación o renuncia. En caso de que el designado no aceptare el referido encargo, no fuere hallado o no compareciere, el Colegio de Abogados procederá al nombramiento de un Abogado de oficio. El abogado designado acudirá*

designación llevada a cabo por el propio sujeto pasivo del procedimiento sobre la que realiza el órgano jurisdiccional o por la policía.

En la asistencia letrada al detenido no es deber del órgano investigador localizar al abogado designado o al abogado de oficio, cumpliendo con comunicar la designación al Colegio. Pero la LECRIM no prohíbe que la Policía Judicial o el Juzgado hagan otras gestiones particulares tendentes a localizar al abogado designado; y así ocurre en la práctica, siendo habitual que tanto la Autoridad o funcionario que custodie al detenido intenten localizar directamente al Abogado designado, reseñando en las diligencias la hora en que dicha comunicación se efectúa, porque en ese momento se inicia el plazo máximo de ocho horas que el abogado designado tiene para comparecer (artículo 520.4 II LECRIM)⁶²⁷. Una vez comunicada su designación al Letrado, éste manifestará su aceptación o renuncia, debiendo, en ese caso, de manera inmediata comunicarlo al abogado de turno de oficio. En el mismo sentido procede cuando el abogado designado no fuere hallado o no compareciere en el plazo legal de ocho horas. Este plazo parece excesivo si se pone en relación con el plazo máximo previsto para la detención, que debe durar el tiempo estrictamente necesario (artículo 17.2 CE)⁶²⁸.

Se entiende que el Abogado renuncia a la designación efectuada si no comparece en el plazo de ocho horas, salvo causa justificada, por lo que

al centro de detención a la mayor brevedad y, en todo caso, en el plazo máximo de ocho horas, contadas desde el momento de la comunicación al referido Colegio”.

⁶²⁷ El artículo 520.4.II LECRIM establece: “*El abogado designado acudirá al centro de detención a la mayor brevedad y, en todo caso, en el plazo máximo de ocho horas, contadas desde el momento de la comunicación al referido Colegio”.*

⁶²⁸ En ese sentido se expresa SALIDO VALLE, C. (*La detención policial...*, cit., pág. 291) que propone eliminar el plazo de ocho horas para comparecer el Abogado en el centro de detención, debiendo de comparecer inmediatamente o en un plazo muy inferior al de ocho horas, con el fin de conciliar el derecho a la asistencia letrada y el derecho a que la detención dure lo estrictamente necesario.

hay que reseñar en diligencias la hora de la comunicación al abogado, también se puede renunciar expresamente a la misma, en cuyo supuesto procede el nombramiento de abogado de oficio.

e´)Designación de abogado de oficio

El nombramiento del abogado de oficio puede producirse por diversas razones: porque el imputado solicite que se le designe de oficio o por faltar la designación de abogado de confianza; surge, entonces, la obligación de las autoridades en el procedimiento de designar defensor de oficio, en cumplimiento de la función tuitiva del órgano jurisdiccional⁶²⁹.

En la práctica habitual los Colegios de Abogados tienen elaboradas listas con abogados de turno de oficio de guardia para la asistencia a detenidos, tanto en Comisarías o demás centros de detención como en el Juzgado de Guardia. El nombramiento de abogado de oficio es inmediato por la autoridad o funcionario policial desde el momento en que el detenido expresa su no designación de abogado particular, recayendo dicho nombramiento en uno de los Abogados que aparecen en la relación del turno de oficio de guardia para esa fecha. Este abogado de oficio se deberá de personar a la mayor brevedad en el centro de detención, y en todo caso, en el plazo máximo de ocho horas.

Pero la ley prevé la posibilidad de que durante el plazo máximo de ocho horas no compareciere ningún Letrado, en ese caso, se permite que la fuerza actuante pueda realizar ciertas diligencias sin la asistencia de

⁶²⁹ En este sentido, SALIDO VALLE (*La detención policial...*, cit., pág. 338) y MORENO CATENA (*La defensa en el proceso penal...*, cit., pág. 53), distinguen entre “defensor de confianza” y “defensor de oficio” y la función tuitiva del órgano jurisdiccional en la designación de oficio.

Letrado, siempre que el detenido lo consintiere (artículo 520.4.II LECRIM)⁶³⁰. En este supuesto es necesaria la renuncia al Letrado por parte del detenido. El fundamento de tal renuncia está en la conveniencia de no paralizar la investigación, ni prolongar la situación de la detención más allá de lo estrictamente necesario.

Para que se produzca la renuncia y las diligencias practicadas sin abogado sean válidas tienen que darse los requisitos siguientes: 1. Que se comunique al Colegio de abogados la petición de letrado. 2. Que transcurran ocho horas sin que el abogado comparezca. 3. Que tal incomparecencia no se deba a causa justificada y comunicada. 4. Que el detenido o preso acepte que las diligencias se practiquen sin asistencia letrada, y que la renuncia sea expresa y conste en las diligencias. 5. Que la detención lo sea por imputación por un delito contra la seguridad del tráfico (artículo 520.5 LECRIM)⁶³¹.

La renuncia a la asistencia de letrado desde el primer momento de la detención sólo cabe cuando el hecho pueda ser calificado exclusivamente como un delito contra la seguridad del tráfico (artículos 379 a 385 CP)⁶³².

⁶³⁰ El artículo 520.4.II LECRIM establece: “*Si transcurrido el plazo de ocho horas de la comunicación realizada al Colegio de Abogados, no compareciere injustificadamente Letrado alguno en el lugar donde el detenido o preso se encuentre, podrá procederse a la práctica de la declaración o del reconocimiento de aquél, si lo consintiere, sin perjuicio de las responsabilidades contraídas en caso de incumplimiento de sus obligaciones por parte de los Abogados designados*”

⁶³¹ El artículo 520. 5 LECRIM dispone: “*No obstante, el detenido o preso podrá renunciar a la preceptiva asistencia de Letrado si su detención lo fuera por hechos susceptibles de ser tipificados, exclusivamente como delitos contra la seguridad del tráfico*”.

⁶³² El legislador autorizó una merma de las garantías del detenido en estos delitos, si él lo consiente, en aras a reducir lo más posible el tiempo de su detención, y dado el carácter leve de las penas que llevan estos delitos (multas y privaciones del permiso de conducir). Pero salvo el delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólica o drogas, del artículo 379, los restantes delitos contra la seguridad del tráfico (artículos 380 a 385 CP), si que pueden llevar penas de prisión, por lo que podría entenderse que tal norma ha perdido su sentido inicial.

La renuncia en todo caso habrá de hacerse constar en el acta de información de derechos del detenido, firmándola el mismo.

f) Contenido de la asistencia letrada

Se puede plantear cual es el contenido de la asistencia de abogado y su finalidad. La asistencia de Letrado tiene dos fines primordiales: a) por un lado, hacer valer los derechos del detenido o preso, garantizando su ejercicio y solicitando la constancia en el procedimiento de cuantos hechos o circunstancias puedan favorecer su situación en el proceso, en concreto la finalidad de esta asistencia al detenido es asegurar que los derechos constitucionales del detenido sean respetados, que no sufra coacción y que tenga asesoramiento sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluido el guardar silencio, así como la fidelidad de lo transcrito en el acta de declaración, en definitiva, que se obtenga la certeza de que el interrogatorio se ha efectuado respetando los derechos constitucionales del detenido y las garantías procesales⁶³³; y b) por otro lado, asesorar a éste, técnicamente, para orientar su defensa, mediante el consejo legal.

Por la doctrina se reclama que la asistencia letrada al detenido debe ir más allá de la mera presencia, debe ser una asistencia activa, real y efectiva⁶³⁴, no limitándose a la mera asistencia del abogado al interrogatorio del detenido, concibiéndose la asistencia como auxilio y asesoramiento, como instrumento de equilibrio que elimine desigualdades, como presencia, consejo, y observación del cumplimiento de las

⁶³³ Ver GIMENO SENDRA, V., *Constitución y proceso...*, cit., pág. 96.

⁶³⁴ Ver GIMENO SENDRA, V., *La naturaleza de la defensa penal a la luz de la Constitución Española y del Convenio Europeo de Derechos Humanos*, en *La Ley*, 1988, págs. 787 a 794, y MORENO CATENA, V., *Algunos problemas del derecho de defensa*, cit., págs 561 a 579.

formalidades legales, protestando y actuando conforme a la ley, y como preparación de la defensa⁶³⁵.

El derecho de defensa y a su preparación, según señala SERRANO BUTRAGUEÑO⁶³⁶, tiene, en la fase de instrucción, como manifestaciones esenciales las siguientes: a) La personación en autos o adquisición del *status* de parte; b) El derecho a proponer diligencias de investigación o de prueba y a intervenir en la práctica de cuantas se produzcan o lleven a cabo; y c) El derecho a hacer alegaciones. Además, hay que tener en cuenta, como dice GRIMÁ LIZANDRA⁶³⁷, los tres pilares ineludibles que constituyen una eficaz defensa del detenido-imputado: el derecho a la entrevista previa entre Abogado y detenido; el derecho de acceso al atestado; y el derecho a proponer e intervenir en las diligencias policiales. Vamos a tratar de estos apartados más detenidamente.

f) Personación en autos

En los procesos penales el *status* de parte se adquiere por la personación, que se produce como efecto necesario a partir de la detención que ya implica formalmente al asistencia letrada al detenido, o bien a través de la personación en forma, con Abogado y Procurador.

La personación tiene por objeto la actuación como parte formal y material en el proceso, cuya manifestación más inmediata es la de recibir información y notificación de lo que ocurra en su tramitación, con la

⁶³⁵ Así opina SOLDADO GUTIÉRREZ, J., *El derecho del detenido a la asistencia letrada*, cit., págs. 597 a 630, y SALIDO VALLE, C., *La detención policial...*, cit., pág. 340.

⁶³⁶ SERRANO BUTRAGUEÑO, I., *El derecho de defensa en el nuevo marco normativo*. Práctica procesal de los juicios rápidos. SEPIN. Madrid. 2003. Págs. 392 y ss.

⁶³⁷ GRIMA LIZANDRA, V., *El derecho de defensa y el derecho de asistencia letrada en las detenciones policiales*, cit., pág. 34.

excepción de la actuaciones declaradas secretas en los términos del artículo 302 LECRIM.

El Tribunal Constitucional vela para que en estos actos de comunicación a la parte personadas se actúe con la mayor diligencia, exigiendo como garantías que *“se asegure la constancia de su práctica y las circunstancias esenciales de la misma”*⁶³⁸, siendo especialmente exigente a estos efectos el contenido de la STC 99/1991⁶³⁹, cuando afirma *“la decisiva importancia que desde la perspectiva constitucional tienen los actos judiciales de comunicación, imprescindibles para salvaguardar el derecho de las partes de estar presentes, comparecer y defender sus intereses y conductas(...)La comunicación, el llamamiento a la parte legitimada, es decir, con derecho a comparecer y ser oída en contradicción(...)ha de ser efectiva, cierta y real, de tal modo que conste la seguridad o certeza de la recepción y con ello la posibilidad, sin obstáculos, de ejercitar la oportuna defensa y oposición”*.

f´)Derecho del abogado del detenido de acceso al atestado

La intervención del Letrado en las diligencias de investigación supone que una vez que el abogado comparece ante el órgano investigador, éste habrá de darle vista, si lo solicitase, de lo actuado, del atestado policial, para que pueda tomar conocimiento de los hechos que se imputan a la persona de cuya asistencia ha sido encargado.

Como se ha dicho anteriormente, el derecho de defensa comprende el derecho a conocer de los hechos y materiales de hecho (prueba o

⁶³⁸ STC 17/1992, de 10 de febrero (RTC 1992, 17).

⁶³⁹ STC 99/1991, de 9 de mayo (RTC 1991, 99).

indicios) de la imputación: sólo conociéndolos se podrá ejercer eficazmente el derecho de alegar, rebatir y de probar. Lo que aquí mantenemos es el derecho del abogado del detenido a tomar vista del atestado, sólo si tiene conocimiento del atestado podrá encauzar su intervención en las diligencias en que haya de intervenir y complementar o impugnar las ya practicadas⁶⁴⁰. Si bien es cierto, que la ley no prevé explícitamente este derecho, ello no es obstáculo a su reconocimiento, pues deriva del derecho constitucional de asistencia letrada⁶⁴¹.

También el derecho al acceso al atestado se enmarca en el “derecho a los medios adecuados” (artículo 14.3, b, del PIDCP de Nueva York) o en el “derecho a disponer de las facilidades necesarias para la preparación de la defensa” (artículo 6.3, b, del CEDH de Roma)⁶⁴².

Asimismo la Fiscalía General del Estado en la Instrucción núm. 8, de 17 de diciembre de 2004, insiste sobre la necesidad de promover el acceso de los Letrados de la defensa a las copias de los atestados en las actuaciones judiciales⁶⁴³; y en concreto, en el Juzgado de Guardia, en el procedimiento para el enjuiciamiento rápido, donde se indica a los Sres. Fiscales que habrán de postular específicamente la entrega al Letrado defensor de una copia del atestado una vez hayan sido incoadas

⁶⁴⁰ Así opina GRIMA LIZANDRA, V., *El derecho de defensa y el derecho de asistencia letrada...*, cit., pág. 40.

⁶⁴¹ La cuestión se planteó en la STS, Sala II, de 4 de octubre de 2000 (RA 9510), pero fue desestimada con un argumento formal: “*No consta que en ningún momento se negara el acceso a las actuaciones al Letrado y su protesta antes, cuando supuestamente se hubiera producido*”.

⁶⁴² La STEDH de 18 de marzo de 1997 (caso Foucher) consideró que el acceso al expediente y la obtención de copia del mismo es importante en orden a la posibilidad de cuestionar o contradecir los cargos, y que su negación supone una vulneración del “derecho a preparar una defensa adecuada”. Por su parte, la STEDH, de 12 de marzo de 2003 (caso Ocalan) declaró que forma parte del “derecho a preparar adecuadamente la defensa” el derecho del abogado a acceder al expediente y a obtener copia.

⁶⁴³ Así se reconocía expresamente en la Circular 2/1995, de 22 de noviembre y en la Consulta 2/2003, de 18 de diciembre, al establecer: “*Las exigencias del derecho de defensa imponen que el letrado y demás partes puedan tomar vista de las actuaciones*”.

Diligencias Urgentes por el Juzgado de Instrucción, y ello como valedores del derecho de defensa que asiste al imputado.

f''')La intervención en las diligencias de investigación policiales

El abogado tiene derecho a intervenir activamente en las diligencias policiales que se practiquen después de su detención. Tiene su fundamento legal en los artículos 118.1 LECRIM: *“Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento”*; artículo 767 que señala: *“desde la detención... será necesaria la asistencia letrada”*; y artículo 303 que establece: *“las partes personadas podrán tomar conocimiento de las actuaciones e intervenir en todas las diligencias del procedimiento”*.

Sobre la base de estas normas se puede fundar el derecho del abogado del detenido a intervenir en las diligencias policiales que se practiquen desde la detención⁶⁴⁴. Ahora bien, en la práctica policial se impide esa intervención activa (incluso la simple presencia) del abogado del detenido en cualquier diligencia que no sea su declaración o reconocimiento de identidad. Y ello con base en la Circular 8/1978 de la Fiscalía General del Estado que afirma que para esas otras diligencias, en tanto no mencionadas expresamente en el artículo 520 LECRIM, *“no está legalmente autorizada la intervención del defensor del detenido”*. Sin embargo, que en el artículo 520 no se mencionen esas otras diligencias no

⁶⁴⁴ En este sentido se pronuncia ORTELLS RAMOS, M., *Criterios para la actuación del abogado del imputado en las etapas previas al juicio oral del Procedimiento Abreviado y del Procedimiento de Enjuiciamiento Rápido*, Consejo Valenciano del Colegio de Abogados, Valencia, 2003, pág. 17.

significa que esté prohibida en ellas la intervención del abogado del detenido⁶⁴⁵.

g) *Derecho a intervenir en el procedimiento*

El abogado puede intervenir en el procedimiento realizando tres actuaciones diferentes, recogidas en el artículo 520.6 LECRIM. La primera consistirá en “*solicitar, en su caso, que se informe al detenido o preso de los derechos establecidos en el número 2 de este artículo y que se proceda al reconocimiento médico señalado en su párrafo f)*” (letra a, apartado 6, artículo 520). La información que la autoridad o funcionario actuante dé al detenido debe hacerse de modo que le sea comprensible, el abogado asistente podrá requerir que se expliquen con mayor claridad los elementos de la imputación y en especial el derecho al silencio que ostenta el detenido. También está facultado el abogado para requerir a la autoridad o funcionario para que trasladen al detenido a un centro asistencial a fin de ser reconocido médicamente.

En segundo lugar, el Abogado podrá “*solicitar de la autoridad judicial o funcionario que hubiesen practicado la diligencia en que el Abogado haya intervenido, una vez terminada ésta, la aclaración o ampliación de los extremos que considere convenientes, así como la consignación en el acta de cualquier incidencia que haya tenido lugar durante su práctica*” (letra b, apartado 6, artículo 520). La ley regula la asistencia en forma de mera presencia y con una intervención “*a posteriori*”, pudiendo ampliar de los extremos que considere convenientes.

⁶⁴⁵ Así opina MORENO CATENA, V.,(*La defensa en el proceso penal*, cit., pág. 69): “antes al contrario, con su presencia activa en estas diligencias, puede aportar puntos de vista propios y

Pero la intervención del abogado asistente no debe limitarse a la presencia pasiva que parece otorgarle la ley, pero la intervención debe ser activa⁶⁴⁶, en su asistencia debe evitar que se infringa la ley mediante la formulación de preguntas sugestivas y capciosas, el empleo de coacciones o amenazas (artículo 398.III) o cualquier género de malos tratos, o prolongado el interrogatorio más allá de lo necesario produciendo la fatiga del detenido (artículo 393). En estos casos la intervención del letrado no puede ser meramente pasiva, sino que debe formular su protesta de inmediato y exigiendo que consten en acta tales circunstancias.

Lo que no autoriza la ley es intervenir orientando al detenido respecto a cuál debe ser su declaración, ni tampoco aconsejarle que no conteste a alguna pregunta que haya sido formulada por la autoridad o funcionario.

La falta de asistencia letrada en la declaración del detenido supone el incumplimiento de la garantía que establece el artículo 17.3 CE, por lo tanto cabe entender que dicha declaración debe de carecer de efectos, conforme a lo dispuesto en el artículo 11 LOPJ. Sin embargo, se pronuncia en contra el Tribunal Constitucional en Sentencia 175/1985, de 17 de diciembre, que afirma que *“los actos realizados sin la asistencia de letrado pueden tener validez hasta que la causa llegue al estado en que se necesite el consejo de aquellos o se haya de intentar algún recurso que hiciere imprescindible su actuación”*⁶⁴⁷.

hacer observaciones pertinentes que coadyuven al éxito de las investigaciones policiales o al éxito de la misión defensiva del abogado, evitando dilaciones inútiles o injustificadas”.

⁶⁴⁶ Así lo dice SOLDADO GUTIÉRREZ, J., *El derecho a la asistencia letrada...*, cit., pág. 630.

⁶⁴⁷ La STC 47/86, de 21 de abril (RTC 1986, 47) establece: *“ la falta de asistencia letrada en la declaración policial sólo podría ser relevante en la medida en que hubiese determinado la indefensión posterior, indefensión que no se produce en la medida que pudo haber rectificado su declaración en sede policial ante el Juez instructor, rectificación que es una forma de ejercicio del derecho de defensa”*

h) La entrevista reservada

La tercera actuación del Abogado en la asistencia se recoge en la letra c, apartado 6, del artículo 520: “*Entrevistarse reservadamente con el detenido al término de la práctica de la diligencia en que hubiere intervenido*”.

En el fundamento de la entrevista reservada entre el detenido y su abogado podemos encontrar dos facetas: La primera consecuencia del derecho de defensa que ostenta el detenido y un medio de potenciar la actuación de defensa desde la investigación policial; el asesoramiento técnico y la presencia activa del Letrado en los interrogatorios del detenido exigen su derecho a la entrevista previa y reservada⁶⁴⁸. La segunda es el auxilio y el amparo que presta el abogado al detenido, proporcionando seguridad y estabilidad en el ejercicio de sus derechos constitucionales, es la relación con la persona en quien el detenido puede depositar su confianza y con quien le debe coadyuvar al éxito de su defensa. El derecho a la entrevista previa se justifica desde la necesidad de garantizar la “presencia activa del abogado en el interrogatorio del detenido”, intervención real mediante la formulación de preguntas⁶⁴⁹.

h) Momento de la entrevista

⁶⁴⁸ Las SSTC 196/1987, de 11 de diciembre (RTC 1987, 196) y 38/2003, de 27 de febrero (RTC 2003, 38), dicen que forma parte del contenido esencial del derecho a la asistencia letrada al detenido (artículo 17.3 CE) “*el asesoramiento técnico sobre la conducta a observar en los interrogatorios, incluida la de guardar silencio*”.

⁶⁴⁹ La STEDH, de 28 de junio de 1984 (caso Campbell y Fell) dice, de manera contundente: “*No se concibe que un abogado puede asistir a su cliente sin consultas previas entre ellos*”.

Dos cuestiones se plantean respecto a la entrevista reservada del Abogado con el detenido. La primera se refiere al momento en que se puede producir la entrevista reservada, que, según el citado artículo, se producirá tras la práctica de la diligencia, no pudiendo llevarse a cabo con anterioridad a cualquier interrogatorio. Esta cuestión queda resuelta con la modificación legal introducida en el artículo 775 LECRIM para el procedimiento abreviado. Establece el segundo párrafo de dicho artículo *“Tanto antes como después de prestar declaración se le permitirá entrevistarse reservadamente con su Abogado, sin perjuicio de lo establecido en el apartado c) del artículo 527”*. De momento parece que esta entrevista o comunicación antes y después de la declaración queda circunscrita a la judicial, por cuanto que en las actuaciones policiales el nuevo artículo 771.2 LECRIM, remite el contenido y ámbito de la asistencia letrada al no modificado artículo 520 LECRIM (es decir, la que corresponde al detenido), en cuyo último párrafo se concreta expresamente que la entrevista reservada será *“al término de la práctica de la diligencia en que haya intervenido”*⁶⁵⁰.

No cabe duda, por tanto, de que el detenido tiene derecho a esa entrevista reservada con el abogado antes de prestar declaración ante el Juez de Instrucción. Sin embargo, la interpretación discutida es sostener que ese derecho de entrevista previa no existe si la declaración es ante la Policía. Es una diferencia de trato que carece de fundamento constitucional. No existe razón legítima por la que negar el derecho de

⁶⁵⁰ DE OÑA NAVARRO, J.M., (*El derecho de defensa en la fase de instrucción...*, cit., pág. 202) apunta que la regla que la nueva ley marca para la declaración judicial se haga extensiva a la declaración policial, como garantía y mejor ejercicio del derecho de defensa.

entrevista previa al detenido policial y, en cambio, concederlo al detenido judicial⁶⁵¹.

En conclusión, si el artículo 520.6, c) LECRIM admite una interpretación conforme a la Constitución, sin necesidad de negar su vigencia, el detenido tiene derecho a entrevistarse con el abogado después de prestar declaración; pero eso no supone negar el mismo derecho con carácter previo a la declaración. El derecho a la entrevista posterior no excluye ni niega el derecho a la entrevista previa.

h´´) Renuncia a la entrevista

La segunda se refiere a la exclusión de dicha entrevista cuando el detenido se niegue a declarar, haciendo uso de su derecho al silencio. Hay que tener en cuenta que el derecho al silencio que tiene el detenido y la posibilidad de entrevistarse con su abogado no son incompatibles. Además, de la actitud del detenido, que se niega a declarar, no pueden derivarse perjuicios. El detenido después de ser informado de sus derechos y de la posibilidad de entrevistarse con su Letrado puede negarse a declarar en sede policial. Tras la diligencia de declaración fallida, el detenido y su Letrado pueden entrevistarse⁶⁵², pudiendo declarar posteriormente ante el Juez Instructor.

⁶⁵¹ ORTELLS RAMOS, M., (*Criterios para la actuación del abogado del imputado...*, cit., pág. 14), dice: “*Si se le niega al imputado detenido se le hace de peor condición que al imputado no detenido en lo que se refiere a la preparación de su defensa*”.

⁶⁵² El artículo 400 LECRIM dispone: “*el procesado podrá declarar cuantas veces quisiere, y el Juez le recibirá inmediatamente la declaración si tuviere relación con la causa*”. Además el artículo 520.6, b que permite al abogado, que haya asistido al detenido en el curso de la diligencia, podrá solicitar la declaración o ampliación en los extremos que considere conveniente; de lo que se concluye que el abogado, después de haberse entrevistado tras la declaración fallida, puede solicitar del funcionario o autoridad la nueva declaración del detenido, en la que declare efectivamente.

h''') Límites a la entrevista reservada

Existen dos circunstancias que suponen una limitación a la entrevista reservada entre Abogado y detenido: la incomunicación del detenido y la declaración de secreto del sumario conforme al artículo 302 LECRIM.

La situación de incomunicación se regula en la LECRIM en los artículos 506 a 511 y de manera especial en el artículo 520 bis para los detenidos por delito de terrorismo o cometidos por banda armada. El régimen de incomunicación es distinto en lo que se refiere al derecho de defensa para la incomunicación, llamémosle genérica, de los artículos 506 a 511, que pretende mantener apartado al preso de cualquier tipo de contacto para conseguir los fines investigatorios del proceso, incluyendo al abogado, pero no el derecho a nombrarlo, que intervendrá directamente una vez levantada la incomunicación.

Uno de los riesgos de la entrevista reservada es que pueda afectar negativamente al éxito de la investigación, aunque este riesgo es consecuencia de la naturaleza y protección garantizada de todos los derechos reconocidos a la persona, que ante el presunto conflicto con los derechos de la sociedad, se superpongan a ellos⁶⁵³. No se debe de permitir la prevención del fracaso de la investigación como argumento para prohibir la entrevista reservada antes de la declaración del detenido. La declaración del detenido en la policía es conveniente para la investigación del hecho delictivo, pero no es imprescindible para la investigación, y por

⁶⁵³ Así lo expresa la Circular 4/1985, de 20 de mayo, de la Fiscalía General del Estado.

lo tanto la entrevista reservada entre el detenido y su Letrado no tiene porqué producir efectos nocivos a la investigación criminal⁶⁵⁴.

Distinta es la situación que prevé el artículo 520 bis en relación con el artículo 527, que establece: *"El detenido o preso, mientras se halle incomunicado, no podrá disfrutar de los derechos expresados en el presente capítulo, con excepción de los establecidos en el artículo 520, con las siguientes modificaciones:...a) En todo caso, su Abogado será nombrado de oficio...c) Tampoco tendrá derecho a la entrevista con su Abogado prevista en el apartado c) del número 6"*⁶⁵⁵. La limitación prevista en este supuesto afecta al derecho a la libre designación de Abogado, en cuanto que le asistirá el designado de oficio y además queda limitada la defensa al desaparecer el derecho a la entrevista reservada.

El Tribunal Constitucional se pronunció acerca de la legitimidad constitucional del artículo 527, a) LECRIM en la STC 196/1987⁶⁵⁶, estableciendo que *"la esencia del derecho del detenido a la asistencia letrada es preciso encontrarla, no en la modalidad de la designación del abogado, sino en la efectividad de la defensa, pues lo que quiere la Constitución es proteger al detenido con la asistencia técnica de un Letrado, que le preste su apoyo moral y ayuda profesional en el momento de su detención y esta finalidad se cumple objetivamente con el nombramiento de un Abogado de oficio, el cual garantiza la efectividad de la asistencia de manera equivalente al Letrado de libre designación(...)*No obstante, también hemos declarado que la privación de la posibilidad de libre elección de Abogado y su consiguiente nombramiento de oficio

⁶⁵⁴ En ese sentido SALIDO VALLE, C., *La detención policial...*, cit., pág. 357.

⁶⁵⁵ Nueva redacción dada por la Ley 14/1983, de 22 de diciembre. Interesa la STC 196/1987, de 11 de diciembre (RTC 1987, 196).

constituye una indudable restricción del derecho, que el legislador no puede imponer a su libre arbitrio, pues las limitaciones de los derechos fundamentales requieren no sólo que respeten su contenido esencial, sino también que sean razonables y proporcionadas al fin en atención al cual se establecen, concluyendo que la medida de incomunicación del detenido adoptada bajo las condiciones legales previstas en la ley y la limitación temporal del ejercicio del derecho a la libre designación de Abogado, que no le impide proceder a ella una vez cesada la incomunicación, “no puede calificarse de medida restrictiva irrazonable o desproporcionada”.

La gravedad de los intereses en juego es la única razón que habilita esta importante limitación del derecho de defensa. Así, puede ocurrir que la naturaleza o gravedad de ciertos delitos o las circunstancias objetivas o subjetivas de los mismos haga imprescindible que las diligencias policiales o judiciales sean practicadas con el mayor secreto para evitar la frustración de la investigación o para evitar que los culpables se sustraigan a la acción de la justicia, o se destruyan u oculten pruebas de su comisión. Para estos supuestos se regula la incomunicación del detenido mencionada en el artículo 527 LECRIM. A tal fin, el detenido se deberá poner a disposición judicial exponiendo al Juez los motivos por los que se solicita acordar la incomunicación, con los efectos previstos en la ley, con abogado de oficio, quedando excluidos los derechos de comunicación y a entrevistarse con el abogado de oficio.

También supone una limitación al derecho de defensa la declaración de secreto de las actuaciones que autoriza el artículo 302 LECRIM, pero referida más al imputado que al detenido, por el momento en que se

⁶⁵⁶ STC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 5, (RTC 1987, 196). En el mismo sentido se recoge en STC 7/2004, de 9 de febrero, FJ 6 (RTC 2004, 7).

declara tal secreto y el plazo de duración del mismo. En tal situación ni el imputado ni su defensa técnica están en condiciones de ejercitar los derechos propios de la defensa técnica. Así, no podrán intervenir en las diligencias que se practiquen ni habrá que notificarle las resoluciones afectadas por el secreto sumarial. No obstante, la declaración de secreto no afecta al derecho a la asistencia letrada del imputado, que siempre estará asistido de letrado en sus declaraciones, aún estando secreto el sumario, salvo en caso de incomunicación antes visto.

C) Derecho a la comunicación

El artículo 520.2, d) LECRIM reconoce este derecho en los siguientes términos: *“Derecho a que se ponga en conocimiento del familiar o persona que desee, el hecho de la detención y el lugar de custodia en que se halle en cada momento. Los extranjeros tendrán derecho a que las circunstancias anteriores se comuniquen a la Oficina Consular de su país”*.

Se trata de un derecho potestativo para el privado de libertad, no estando obligado a designar una persona para que se le comunique la detención, es un derecho renunciable, incluso a veces el detenido puede estar interesado en lo contrario, esto es, que su detención no se conozca. La comunicación de la detención lo será a un familiar, o persona con relación de afectividad, o cualquier persona a quien desee.

Si decide ejercitar tal derecho surge la cuestión de quién debe cumplimentarla, si el propio detenido mediante llamada telefónica o los agentes que le tienen bajo su custodia. Aunque la LECRIM no lo especifica, del tenor literal del precepto que lo regula al decir “que se

ponga en conocimiento”, y no “a poner en conocimiento”, debe entenderse que el derecho se ejercita por el detenido mediante la designación de una persona a quien se comunique la detención, y a continuación surge el deber del funcionario actuante de practicar la comunicación⁶⁵⁷. Además, si la comunicación la efectúa el agente que custodia queda más garantizado el ejercicio de este derecho, al poderse reiterar el acto de comunicación si a la primera resultare fallido, lo cual no podría efectuarse en reiteradas ocasiones el propio detenido.

a) Momento de la comunicación

Respecto al momento y forma de cumplimentar tal derecho nada dispone el artículo 520 LECRIM. El ejercicio del derecho y el consiguiente deber de la policía en cumplimentarlo debe producirse en el mismo acto en el que se informa al detenido de los derechos que le asisten. El acto de comunicación se debe realizar a la mayor brevedad. El medio a emplear será cualquiera de los que dispone la policía, teléfono, fax, comunicación directa, etc, debiendo quedar constancia de la comunicación realizada y de su resultado; y tratándose de la Policía Judicial se hará referencia en las diligencias al Libro de Telefonemas donde se hubiere registrado.

Este derecho puede ser restringido en los supuestos de incomunicación, tal como establece el artículo 527.b LECRIM, en cuyo supuesto, al notificar al detenido la incomunicación acordada por el Juez, se le hará saber la privación del derecho de comunicarse.

b) Personas objeto de la comunicación

⁶⁵⁷ En ese sentido se expresa SALIDO VALLE, C., *La detención policial...*, cit., pág. 292.

Cabe plantearse quién puede ser designado por el detenido para que se le comunique el hecho de la detención y lugar de custodia. El tema parece que se resuelve según se desprende del propio tenor literal del artículo 520.2, d) al establecer “*del familiar o de la persona que desee*”.

Respecto a los menores de edad o incapacitados, se especifica mejor quién puede ser objeto de la notificación: Los que ejerzan la patria potestad, la tutela o la guarda de hecho, y en defecto de ellos, el Ministerio Fiscal, como lo dispone el artículo 520.3 LECRIM⁶⁵⁸. Y si el menor de edad fuese extranjero, además se notificará al Cónsul de su país⁶⁵⁹ cuando el menor tuviera su residencia habitual fuera de España o cuando así lo solicitaran el propio menor o sus representantes legales⁶⁶⁰.

Esta comunicación, en el supuesto de menores de edad, ya no tiene carácter potestativo, como el supuesto de detención de mayores de edad, sino que es obligatorio, y la notificación ha de producirse siempre⁶⁶¹. La finalidad de tal precepto es facilitar a los padres o tutores el ejercicio de la patria potestad o de la tutela, y la subsidiaria comunicación al Ministerio Fiscal, en defecto de los padres o tutores, es consecuencia del deber que le impone su Estatuto Orgánico (artículo 3.7º EOMF). Además la comunicación de la detención y el lugar de custodia al familiar o

⁶⁵⁸ En ese mismo sentido se dice en el artículo 17.1 LORPM: “...*También deberán notificar la detención y el lugar de custodia al representante del menor y al Ministerio Fiscal*”. También se establece en los mismos términos en el artículo 3.1 del Reglamento de ejecución de la LO 5/2000.

⁶⁵⁹ El artículo 17.1 LORPM establece: *Si el menor detenido fuere extranjero, el hecho de la detención se notificará a las correspondientes autoridades consulares cuando el menor tuviera su residencia habitual fuera de España o cuando así lo solicitaran el propio menor o sus representantes legales*”.

⁶⁶⁰ Artículo 3.1 del Reglamento de ejecución de la LO 5/2000.

⁶⁶¹ Así se desprende del artículo 520.3 LECRIM: “*Si se tratare de un menor de edad o incapacitado, la autoridad bajo cuya custodia se encuentre el detenido o preso notificará las circunstancias del apartado 2.d...*”; y respecto al menor de edad extranjero: “*Si el detenido menor o incapacitado fuera extranjero, el hecho de la detención se notificará de oficio al Cónsul de su país*”.

responsable del detenido menor de edad tiene una especial trascendencia por la posible iniciación de éste del *Habeas Corpus*, o en su caso, por el propio Ministerio Fiscal que también está legitimado para su iniciación⁶⁶².

D) Derecho al reconocimiento médico.

El artículo 520.2, f) LECRIM, dispone que el detenido tiene “*derecho a ser reconocido por el médico forense o su sustituto legal y, en su defecto, por el médico de la institución en que se encuentre, o por cualquier otro dependiente del Estado o de otras Administraciones públicas*”. Se trata de un derecho potestativo, que puede ser renunciado por el detenido.

La determinación del médico que debe asistir al detenido es la primera cuestión que se plantea. El detenido puede estar a disposición de la Policía Judicial o del Juez. Será el médico forense o su sustituto⁶⁶³, si el detenido se encuentra a disposición judicial, pero si el Juez ha ordenado el ingreso en un centro de detención o penitenciario, será el médico de ese centro quien reconozca al detenido.

Si el detenido se encuentra a disposición de la Policía, el médico que le atiende será el del lugar de custodia, si lo hay, o cualquier funcionario o contratado de la Administración que preste sus servicios profesionales en un centro sanitario, Hospital, Ambulatorio o Casa de Socorro, estando obligado a asistir al mismo cuando sea requerido por la Policía.

Este reconocimiento se podrá efectuar mientras dura la detención policial, después de la lectura de los derechos, o cuando es puesto a

⁶⁶² En ese sentido, SALIDO VALLE, C., *La detención policial...*, cit., pág. 294.

⁶⁶³ Puede ser el médico de la policía o el del centro de detención.

disposición judicial, tras la lectura de derechos por el Secretario Judicial. Es práctica habitual que en este momento se acceda al reconocimiento médico, bien por indicación del Abogado, con ánimo de preparar la futura defensa, o por indicación del propio Juez, sin que ello impida su carácter de derecho potestativo.

a) Finalidad del reconocimiento médico

Otra cuestión que se plantea es el contenido y la finalidad del reconocimiento médico. La intervención del médico tiene como finalidad esencial comprobar y reflejar documentalmente el estado físico o psíquico del detenido, emitiendo un parte facultativo o informe donde conste si presenta lesiones físicas, síntomas del síndrome de abstinencia, estado de salud mental, etc. Pero el reconocimiento médico no puede ser una simple asistencia médica, a la que toda persona tiene derecho⁶⁶⁴. El detenido tiene derecho a una primera asistencia prestada de oficio, y siempre que lo necesite, aunque no lo mencione el artículo 520 LECRIM.

Pero el derecho del detenido al reconocimiento médico no va dirigido a ser asistido por el médico, sino a preconstituir prueba por una posible extralimitación de las fuerzas actuantes encargadas de la investigación; o de una posible circunstancia atenuante, como puede ser la embriaguez o el síndrome de abstinencia. La detención puede ser una situación violenta, en la cual la fuerza actuante puede verse obligada al uso de la fuerza física, pudiendo producir lesiones en el detenido, en ese caso

⁶⁶⁴ El derecho a la asistencia sanitaria aparece recogido en el artículo 15 y 43 CE y el artículo 1.2 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Además el artículo 5.3 de la Ley Orgánica de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado impone a la Policía el deber de velar por la vida y la integridad física de las personas a quienes detuvieron o se encontraron bajo su custodia.

será obligación de la policía de conducir al lesionado a un centro médico para que sea asistido por un facultativo, expidiendo éste un parte médico que se unirá a las diligencias. Esta asistencia médica operará como garantía para la policía, quedando constancia de las lesiones sufridas por el detenido, quitando relevancia a las declaraciones del mismo en el sentido de haber sido sometido a torturas⁶⁶⁵. Así pues, el reconocimiento tiene una especial relevancia en los supuestos en los que se denuncien torturas, operando en ese caso como garantía para el detenido y para los agentes que han practicado la detención y han custodiado al mismo⁶⁶⁶.

E) Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete

Recogido en el artículo 520.2, e) LECRIM, para los extranjeros que no hablen o no comprendan castellano, que establece: “*Derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, cuando se trate de extranjero que no comprenda o no hable el castellano*”. Merece especial trascendencia, el derecho a ser asistido de intérprete, para el extranjero que no conoce el idioma o lo conoce de forma rudimentaria, sin alcanza a comprender en sus justos términos el verdadero alcance y significado del procedimiento incoado contra él, es necesaria la asistencia de intérprete, no debiendo consentirse la práctica de interrogatorios sin la presencia del mismo, permitiendo que en las actas de declaración se haga constar la apostilla “en cuanto a la presencia de intérprete, no ha sido necesaria por entender el idioma”.

⁶⁶⁵ No obstante el detenido puede denunciar las torturas por algún miembro de la Policía, lo que dará lugar a la incoación de un procedimiento penal para la averiguación de tales hechos.

⁶⁶⁶ En este sentido SALIDO VALLE, C., *La detención policial...*, cit., pág. 295.

En la legislación de extranjería, LO 4/2000, aparece establecido este derecho en el artículo 22: “...Además, tendrán derecho a la asistencia de intérprete si no comprenden o hablan la lengua oficial que se utilice”. En principio, se trata de un derecho pensado para los extranjeros que tienen derecho al reconocimiento a la asistencia letrada, pues está incluido en el primer apartado del artículo citado. Sin embargo, al tratarse de un derecho comprendido en el artículo 24.1 CE, no debe entenderse limitado a los supuestos referidos, sino que es un derecho del que deben beneficiarse todas las personas que se hallen en España y que puedan encontrarse afectadas por cualquier actuación de la que derive un posible juicio.

En el proceso penal este derecho no sólo afecta al detenido, sino al imputado no detenido a quien se le instruye al leer sus derechos y prestar declaración. El nuevo artículo 771.2 LECRIM extiende este derecho previsto para los detenidos a los imputados no detenidos. Como derecho del imputado viene garantizado en el artículo 6.3 del CEDH que establece: “Si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia”.

También forma parte del derecho de defensa, por cuanto, el sujeto pasivo precisa conocer en la forma más clara posible la acusación que se dirige contra él y el contenido de las actuaciones procesales, también es necesario para hacer posible y facilitar la comunicación entre el imputado y abogado defensor.

La intervención del intérprete es necesaria para instruirle de sus derechos y para ejercitarlos, siendo una garantía reforzada respecto al imputado. El intérprete asignado le asistirá tanto en su declaración, como en el reconocimiento forense, si se realiza, o en la entrevista con el abogado.

El intérprete que le asiste lo será tanto en el lugar de detención, como en las dependencias del Juzgado de Guardia, siendo su asistencia mucho más amplia en las dependencias judiciales porque no solamente traducirá los derechos del detenido, sino todas las actuaciones judiciales que se practiquen hasta que el Juez resuelva sobre la libertad u otra medida restrictiva de libertad más gravosa, internamiento o prisión provisional⁶⁶⁷.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre este derecho, al decir en la Sentencia 71/1988⁶⁶⁸: *“El Derecho positivo español en esta materia de nombramiento y designación de intérprete para facilitar y posibilitar la comunicación de los llamados ante la justicia penal y sus colaboradores no es, en efecto, completo(...) Sin embargo, estas normas, en lo que pudieran tener de incompletas, han de ser interpretadas, no sólo de acuerdo con la Constitución, sino con las internacionales, por obra del artículo 10.2 CE(...) En este sentido hay que aludir al derecho del detenido a ser informado de la acusación en una lengua que comprenda (Artículo 6.3 a) del Convenio y 14.3 del Pacto)... El derecho a intérprete en las causas o procesos penales ha de ser considerado desde una perspectiva global o totalizadora y en atención al fin para el que está previsto, es decir, el de una defensa adecuada para la obtención de un proceso o juicio justo”*.

En relación con este derecho, se plantea la cuestión de si la gratuidad del intérprete se refiere a los trámites procesales y policiales, o alcanza a los contactos y entrevistas que el letrado defensor tenga con su defendido siempre que éste se encuentre en situación de prisión. La ley no da

⁶⁶⁷ Merece especial atención las diligencias que se practiquen en la tramitación de las diligencias urgentes ante el Juzgado de Guardia, por aplicación del procedimiento rápido para el enjuiciamiento de determinados delitos (artículos 795 a 801 LECRIM).

⁶⁶⁸ STC 71/1988, de 19 de abril (RTC 1988, 71).

respuesta a esta cuestión, pero la citada sentencia del Tribunal Constitucional 71/1988, apuntó: *“Ligado este derecho con el de asistencia letrada es obvio que a esta asistencia ha de extenderse la necesidad de efectividad o eficacia, so pena de considerarlo un derecho vacío o meramente formal, pues una adecuada defensa y asistencia letrada exige el previo requisito de una comunicación interpersonal inteligible e incluso fluida en asunto tan crucial como la transmisión al Abogado no sólo de hechos, sino de vivencias y apreciaciones, por parte del acusado, por parte del acusado... De acuerdo con ello, puede afirmarse que el derecho que aquí se estime vulnerado, si bien en su aspecto particular y concreto no figura en la ley, si puede entenderse comprendido en la misma, siempre a favor de la eficacia de los derechos fundamentales de defensa y asistencia letrada. Y ello ha de llevar, por consiguiente, al otorgamiento del amparo y a reconocer el derecho de los recurrentes a ser asistidos de intérprete en sus comunicaciones con el Abogado de oficio para formalizar el trámite procesal de calificación provisional de la causa a la que están sometidos. No se trata, como se dice en el Auto de la Audiencia impugnado, de una comunicación o conversación privada entre cliente y Abogado. En primer lugar, la cualidad de Abogado de oficio tiñe la función de este profesional con un carácter semipúblico, de colaboración no sólo con el cliente, sino la institución del proceso mismo y con los fines de un juicio justo y adecuado, y en este sentido el Tribunal no cumple su deber con la simple designación. En cierto modo asume la responsabilidad de que la garantía de la defensa se cumpla en su plenitud y por ello no puede desligarse de las vicisitudes posteriores que afectan a ese derecho, como ocurrió en el presente caso...En segundo lugar, no se trata de un acto extraprocesal puro, no se trata, la comunicación de*

acusado y defensor de oficio, de un acto aislado y ajeno al proceso, sino preparatorio del juicio oral, para ser luego integrado en él, y sin el cual mal podría el Abogado realizar una adecuada defensa, ni el Tribunal llegar a una sentencia acertada”.

Constitucionalmente la cuestión queda resuelta y, en aplicación de esta doctrina en los casos en que se ha planteado, los Jueces de Instrucción autorizan la asistencia gratuita de intérprete también para estas situaciones, no constandingo que haya llegado a plantearse algún problema en casos de utilización excesiva de tal asistencia que se haya denegado por innecesaria o abusiva.

También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado sobre el contenido de este derecho, declarando que corresponde al Estado sufragar los gastos de los honorarios de los intérpretes que intervengan en todas las fases del proceso⁶⁶⁹.

Finalmente, se considera que este derecho a la asistencia gratuita de intérprete igualmente corresponde a los ciudadanos españoles que no comprendan o hablen el castellano, derecho que se fundamenta en el principio de igualdad (artículo 14 CE) que se entiende vulnerado sin la efectividad de este derecho. Así lo entendió el Tribunal Constitucional en la Sentencia del Pleno 74/1987⁶⁷⁰; y parece lógico admitir que, acreditado

⁶⁶⁹ STEDH de 28 de noviembre de 1978, (caso Luediake Belkacen y Koc), que establece: *“sin que quepa después reclamarlos a quienes resulten condenados en sentencia”*, y matizando la STEDH de 19 de diciembre de 1989 (caso Kamasinski): *“el alcance de lo que debe ser traducido no a todos los actos del procedimiento dirigidos contra él, sino a los datos y elementos esenciales que necesite conocer para contar con un proceso justo”*.

⁶⁷⁰ La STC 74/1987, de 25 de mayo (RTC 1987, 74), del Pleno del Tribunal Constitucional, dictada en el recurso de inconstitucionalidad 194/84, afirmó: *“El derecho a ser asistido de un intérprete deriva del desconocimiento del idioma castellano que impide al detenido ser informado de sus derechos, hacerlos valer y formular las manifestaciones que considere pertinentes ante la Administración policial. Este derecho debe entenderse comprendido en el artículo 24.1 en cuanto dispone que en ningún caso pueda producirse indefensión. Y aunque es cierto que este precepto parece referirse a las actuaciones judiciales, debe interpretarse*

realmente su desconocimiento en el caso concreto, la solución no puede ser otra que la asistencia gratuita de intérprete. Ello indica el respeto que se demuestra por las lenguas coexistentes en el España, al afirmar que el derecho nace cuando el extranjero no comprende o habla “la lengua oficial que se utilice”.

3. “*HABEAS CORPUS*”

El artículo 17 de la Constitución Española reconoce el derecho de toda persona a la libertad y seguridad y a no ser privado arbitrariamente de su libertad excepto cuando la ley así lo autorice, teniendo derecho de *Habeas Corpus* en caso de detención ilegal. Es la propia Constitución la que, en su artículo 17.4, reconoce expresamente la institución, articulándose como “garantía procesal específica para la protección del derecho fundamental a la libertad personal”⁶⁷¹, frente a la eventual arbitrariedad de los agentes o autoridades y, al mismo tiempo, obliga al legislador a regularla, completando el sistema de protección de la libertad personal diseñado por nuestra Constitución.

extensivamente, como relativo a toda clase de actuaciones que afectan a un posible juicio y condena, entre ellas, a las diligencias policiales cuya importancia para la defensa no es necesario ponderar(...) La cuestión realmente planteada consiste en determinar si el ciudadano español que no comprenda o no hable el castellano tiene, al igual que el extranjero que se encuentre en esta circunstancia, el derecho a ser asistido de intérprete. La atribución de este derecho a los españoles y no sólo a los extranjeros no debe ofrecer dura. Lo contrario supondría una flagrante discriminación prohibida por el artículo 14 CE. No cabe objetar que el castellano es la lengua oficial del Estado y que todos los españoles tienen el deber de conocerla (artículo 3.1 CE), ya que lo que aquí se valora es un hecho (la ignorancia o conocimiento insuficiente del castellano) en cuanto afecta al ejercicio de un derecho fundamental, cual es el defensa. El derecho de toda persona, extranjera o española, que desconozca el castellano a usar de intérprete en sus declaraciones ante la Policía, deriva directamente de la Constitución y no exige para su ejercicio una configuración legislativa, aunque ésta puede ser conveniente para su mayor eficacia”.

⁶⁷¹ STC 154/1995, de 24 de octubre (RTC 1995, 154).

Como ya comentamos, una de las garantías específicas de la libertad personal viene integrada por el proceso de *Habeas Corpus*⁶⁷², proceso a través del cual se articula un instrumento de control de la legalidad de las detenciones exigiendo la puesta del detenido a disposición judicial. Este proceso se regula por Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo⁶⁷³, ley que articula un proceso acelerado con la finalidad de obtener la revisión judicial de cualquier privación de libertad.

Al constituir un derecho fundamental recogido en el artículo 17.4 CE, y al mismo tiempo tratarse de un proceso penal especial por razón de la materia, podemos decir que goza la institución de una doble naturaleza jurídica⁶⁷⁴.

a) *Habeas Corpus* como derecho fundamental. Se configura como un derecho fundamental subjetivo, público y activo. El derecho al *Habeas Corpus* es uno de los que deben ser informados al detenido, que además de tener rango constitucional, no se opone a ello el artículo 520.2 LECRIM, aunque no venga recogido expresamente en el citado artículo. Y aún cuando no se haya informado de dicho derecho al detenido, quien esté privado de libertad ostenta dicho derecho y puede ejercitarlo, instando el procedimiento de *Habeas Corpus*.

b) *Habeas Corpus* como proceso penal especial. La previsión del artículo 17.4 CE referida a la necesidad de que la ley regule un procedimiento de *Habeas Corpus* vino desarrollada por la Ley Orgánica 6/1984, de 24 de mayo, reguladora del procedimiento de *Habeas Corpus*,

⁶⁷² STC154/1995, de 24 de octubre (RTC, 1995, 154), que articula la institución de *Habeas Corpus* como “garantía procesal específica para la protección del derecho fundamental a la libertad personal”.

⁶⁷³ BOE num. 126, de 26 de mayo de 1984.

⁶⁷⁴ GONZALEZ MALABIA, S., *Reflexiones sobre los aciertos y desaciertos de la Ley Orgánica reguladora del procedimiento de “Habeas Corpus”*, en Actualidad Penal num. 14, 2001, pág. 2

que configura un proceso penal especial y preferente por razón de la materia con la finalidad de obtener la revisión judicial de cualquier privación de libertad y mediante su ejercicio se consigue la inmediata verificación judicial de la legalidad y de las condiciones de la detención, encontrándonos ante un proceso de “*cognición limitada a través del cual se pretende sólo la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente*”⁶⁷⁵.

Aunque se discute si este procedimiento tiene una naturaleza bien cautelar, bien de amparo ordinario, bien de remedio interdictal destinado a la protección de la libertad, lo relevante es que el constituyente quiso que la libertad del artículo 17 CE fuera el único derecho fundamental que contuviera una garantía adicional, única y específica en el marco de los derechos fundamentales reconocidos por nuestra Constitución, consistente en un mecanismo *ad hoc* para evitar y hacer cesar de manera inmediata las vulneraciones del derecho mediante la puesta a disposición ante el órgano judicial de la persona privada de libertad.

El Tribunal Constitucional ha calificado el proceso de *Habeas Corpus* como un proceso de cognición limitada entendido como un instrumento de control judicial que versa no sobre todos los aspectos o modalidades de la detención, sino sólo sobre su regularidad o legalidad en el sentido de los artículos 17.1 y 17.4 CE, interpretados éstos, a través de la vía prevista en el artículos 10.2 CE, de conformidad con los artículos 5.1 y 5.4 del Convenio de Derechos Humanos⁶⁷⁶. La Exposición de Motivos de la LO 6/1984 expresa que la finalidad fundamental de tal procedimiento es

⁶⁷⁵ STC 31/1985, de 5 de marzo (RTC 1985, 31); STC 98/1996, de 10 de julio (RTC 1996, 98) y STC 21/1996, de 12 de febrero (RTC 1996, 21), entre otras.

⁶⁷⁶ STC 98/1996, de 10 de julio (RTC 1996, 98); STC 104/1990, de 4 de junio (RTC 1990, 104) y STC 12/1994, de 17 de enero (RTC 1994, 12).

la de verificar la legalidad y las condiciones de la detención, mediante un procedimiento caracterizado por la agilidad, la sencillez y carencia de formalismos, así como por la generalidad de supuestos sometidos a él.

Por la doctrina constitucional se ha calificado como “*un procedimiento de cognición limitada, cuyo objeto es lograr el restablecimiento del pleno disfrute del derecho a la libertad o de otros derechos que hayan sido desconocidos durante la detención*”⁶⁷⁷. El derecho lo ostenta quien haya sido detenido en el curso de la investigación policial, mientras se encuentre a disposición de las autoridades o funcionarios policiales, es un mecanismo procesal para supuestos de detención ilegal que no tienen su origen en una resolución judicial. Ni la Constitución Española ni la LO 6/1984 prevén el derecho al *Habeas Corpus* cuando la detención haya sido acordada por la autoridad judicial y el detenido se encuentre a disposición de la misma. En estos casos se debe acudir a los recursos contra las decisiones de la autoridad judicial⁶⁷⁸.

Se trata de un proceso sencillo, ágil y rápido, sin formalismos. Es un proceso sustancialmente acelerado para obtener la revisión judicial de cualquier privación de libertad. La agilidad se configura como principio

⁶⁷⁷ CASAL HERNÁNDEZ, J.M., *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid. 1998, pág. 302. Interesa como bibliografía: GIMENO SENDRA, V., *El proceso de Habeas Corpus*, Madrid, 1986; SORIANO, R., *El derecho de “Habeas Corpus”*, Congreso de los Diputados. Monografías. Madrid. 1986; DE DIEGO DIEZ, L.A., *Habeas Corpus frente a detenciones ilegales*, Madrid, 1987.

⁶⁷⁸ Sobre la naturaleza jurídica del proceso de *Habeas Corpus*, se puede plantear que se articula como un proceso cautelar, por tener las notas características de instrumentalidad con otro proceso penal, sin bien es cierto que reducir el proceso a este extremo supondría limitar excesivamente el significado procesal de la institución (GIMENO SENDRA, V., *El proceso de Habeas Corpus*, cit. pág. 48). También podría plantearse calificar el *Habeas Corpus* como un proceso de amparo de la libertad personal, si bien existe una diferencia esencial entre el proceso de *Habeas* y el amparo, en éste último se puede hacer valer cualquier pretensión fundada en la lesión de cualquiera de los derechos fundamentales contenidos en los artículos 14 a 30.2 CE y en el proceso de *Habeas Corpus* sólo se puede hacer valer una pretensión fundada en la lesión del derecho a la libertad personal contenida en el artículo 17 CE.

absolutamente necesario para que la posible violación de la libertad personal sea reparada con la máxima celeridad⁶⁷⁹. La ley prevé un plazo de 24 horas para articular debidamente el proceso de *Habeas Corpus* con todas sus fases y garantías.

Además, el principio de sencillez y carencia de formalismos, característica del proceso, se manifiesta en la posibilidad de incoar el proceso mediante una simple comparecencia verbal y en no ser preceptivo Abogado ni Procurador.

Se puede definir el proceso de *Habeas Corpus* como un proceso especial⁶⁸⁰ y preferente que, por una parte, se configura como un proceso penal, pero en el que, por otra, su objeto viene integrado por una pretensión nacida con ocasión de la violación de un derecho fundamental y no con ocasión de un delito de detenciones ilegales, sin perjuicio de que se pueda incoar posteriormente el correspondiente proceso penal para el enjuiciamiento del delito que se haya podido cometer, o interponer, contra la resolución que pone fin al proceso, recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional⁶⁸¹.

A) Iniciación del proceso

El artículo 1 de la LO 6/1984 establece: “*Mediante el procedimiento de Habeas Corpus se podrá obtener la inmediata puesta a disposición de la autoridad judicial competente, de cualquier persona detenida*

⁶⁷⁹ Es uno de los aciertos de la LO 6/1984 según GONZÁLEZ MALABIA, S., *Reflexiones sobre los aciertos y desaciertos...*, cit., pág. 4.

⁶⁸⁰ Así lo entiende el TC en STC 98/1986, de 10 de julio (RTC 1986, 98) y STC 31/1996, de 27 de febrero (RTC 1996, 31), que configura el *Habeas Corpus* como “ *un proceso especial con un objeto también especial, y no tratarse de un proceso sumario, a través del cual se ha de juzgar únicamente sobre la legalidad de una situación de privación de libertad...*”

⁶⁸¹ GONZÁLEZ MALABIA, S., *Reflexiones sobre los aciertos y desaciertos...*, cit., pág. 3.

ilegalmente”. Para que pueda prosperar la pretensión de *Habeas Corpus* se requieren tres requisitos: a) Que se haya producido una detención; b) Que la detención sea ilegal y c) Que no haya sido dispuesta por una autoridad judicial.

El primer requisito, que se haya producido una detención, constituye el presupuesto esencial de la pretensión, debiendo entenderse por detención cualquier forma de privación de libertad personal⁶⁸². Precisamente el hecho de que el artículo 1 de la LO 6/1984 deje la puerta abierta para que puedan introducirse en el proceso de *Habeas Corpus* los casos de privación de libertad en internamientos no penitenciarios, es uno de los aciertos más destacables de la ley⁶⁸³. Así, el Tribunal Constitucional ha considerado como supuestos de privación de libertad susceptibles de *Habeas Corpus*, los arrestos domiciliarios⁶⁸⁴, el internamiento forzoso de enfermos psíquicos⁶⁸⁵, la detención gubernativa de extranjeros para su expulsión⁶⁸⁶, la medida de identificación en dependencias policiales conforme al artículo 20.2 de la LO 1/1992 sobre Protección de la Seguridad Ciudadana⁶⁸⁷, el internamiento de menores acordado por el

⁶⁸² STC 21/1996, de 12 de febrero (RTC 1996, 21), entiende por detención “*cualquier situación en la que la persona se vea impedida u obstaculizada para autodeterminar, por obra de su voluntad, una conducta lícita, de suerte que la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura situación fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad*”; exigiéndose además de la detención, “*que la privación de libertad sea actual en el momento en que se solicite el Habeas Corpus*”, según STC 26/1995, de 6 de febrero (RTC 1995, 26).

⁶⁸³ En ese sentido GONZÁLEZ MALABIA, S., *Reflexiones sobre los aciertos y desaciertos...*, cit., pág. 3.

⁶⁸⁴ SSTC 208/2000 y 209/2000, de 24 de julio 2000 (RTC 2000, 208 y 209).

⁶⁸⁵ STC 104/1990, de 4 de junio (RTC 1990, 104), y STEDH de 18 de octubre de 1982.

⁶⁸⁶ Entre otras, STC 115/1987, de 7 de julio (RTC 1987, 115); STC 12/1994, de 17 de enero (RTC 1994, 12); STC 21/1996, de 12 de febrero (RTC 1996, 21); STC 66/1996, de 16 de abril (RTC 1996, 66); STC 86/1996, de 21 de mayo (RTC 1996, 86), y STC 176/2000, de 26 de junio (RTC 2000, 176).

⁶⁸⁷ STC 341/1993, de 18 de noviembre (RTC 1993, 341).

Fiscal, la retención policial, o el internamiento de personas sospechosas de ser portadoras de enfermedades infecto-contagiosas⁶⁸⁸.

El segundo requisito exige que la detención sea ilegal, siendo el artículo 1 de la LO 6/1984 el que determina los supuestos por los que ha de entenderse que una persona está ilegalmente detenida; siendo los mismos:

a) La ausencia o insuficiencia de norma habilitante, por infracción de lo dispuesto en los artículos 489 y 501 LECRIM⁶⁸⁹, según establece el artículo 1, apartados a) y b): *“a) los que lo fueren por una autoridad, agente de la misma, funcionario público o particular, sin que concurren los supuestos legales o sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y requisitos exigidos por las leyes; b) los que estén ilícitamente internadas en cualquier establecimiento o lugar”*; b) Exceso de plazo, en relación con los artículos 496 y 497 LECRIM y artículo 17.2 CE⁶⁹⁰, según establece el artículo 1, apartado c): *“Los que lo estuvieren por plazo superior al señalado en las leyes si, transcurrido el mismo, no fuesen puestas en libertad o entregadas al Juez más próximo al lugar de la detención”*; C) omisión en el curso de la detención de las garantías constitucionales y procesales preestablecidas, en atención a lo dispuesto por el artículo 17.3 CE, en relación con lo dispuesto en los artículos 520, 520 bis y 527

⁶⁸⁸ STC 129/1999, de 5 de julio (RTC 1999, 129).

⁶⁸⁹ El artículo 489 LECRIM establece: *“ningún español ni extranjero podrá ser retenido sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban”*, siendo ilegal la detención que se practique por causas no previstas en la ley o en forma distinta a la que se prevé en aquella.

⁶⁹⁰ El artículo 17.2 CE establece: *“la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial”*, por lo que la detención deviene en ilegal en el caso de que, a pesar de haberse practicado por causas y en la forma prevista por la ley, se prolongue más allá de los plazos previstos por este precepto en relación con lo dispuesto en los artículos 496 y 497 LECRIM.

LECRIM⁶⁹¹, conforme establece el apartado d) del artículo 1 LO 6/1984: “*Las privadas de libertad a quienes no les sean respetados los derechos que la Constitución y las leyes procesales garantizan a toda persona detenida*”.

Vemos que la ilegalidad de la detención viene determinada por la infracción de las normas constitucionales o procesales dictadas en desarrollo del artículo 17 CE y que recogen las garantías o derechos que asisten a todo detenido, teniendo en cuenta, que la detención pueda estar viciada de ilegalidad desde su inicio o sobrevenir con posterioridad, siendo el Juez el encargado de examinar si concurren o no los presupuestos materiales que justifiquen la adopción de tal medida. En todo caso, la pretensión que se formule a través del proceso de *Habeas Corpus* deberá recaer necesariamente sobre la libertad personal, pudiendo solicitarse, bien su total restablecimiento con la petición de puesta en libertad, bien un cambio de custodia de la persona ilegalmente detenida, o bien una puesta a disposición de la autoridad judicial, siendo éstos los pronunciamientos posibles del eventual auto estimatorio de la petición de *Habeas Corpus*, que se dicte. Por lo tanto, la ley se inspira en el principio de universalidad, que supone que el proceso de *Habeas Corpus* alcanza no sólo a los supuestos de detención ilegal, sino también a las detenciones que ajustándose a la legalidad, se mantienen o prolongan ilegalmente o tienen lugar en condiciones ilegales. Así, el artículo 1,d) de la LO 6/1984 establece que a los efectos del *Habeas Corpus* se consideran personas

⁶⁹¹ El artículo 17.3 CE establece: “*toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca*”. Estos derechos se regulan en los artículos 520, 520 bis y 527 LECRIM antes enumerados, y el

ilegalmente detenidas: “d) las privadas de libertad a quienes no les sean respetados los derechos que la Constitución y las leyes procesales garantizan a toda persona detenida”. Como proclama el artículo 17.3 CE “se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establecerá”. Como hemos argumentado anteriormente, el asesoramiento técnico del abogado al detenido y su presencia activa en el interrogatorio de éste forman parte del contenido esencial de su derecho a la asistencia letrada, y ello sólo se garantiza con la entrevista previa y el conocimiento previo del atestado. De manera que su denegación supone una vulneración de las garantías básicas de la detención, y, por tanto, es susceptible de reparación mediante el *Habeas Corpus*⁶⁹².

El tercer requisito que se exige viene determinado por el hecho de que la detención no ha de ser dispuesta por la autoridad judicial, siendo improcedente el *Habeas Corpus* cuando la privación de libertad ha sido ordenada por la autoridad judicial⁶⁹³. Así los supuestos de privación de libertad como detenciones judiciales, penas privativas, prisión provisional, etc., no son susceptibles de *Habeas Corpus*. Y es que uno de los principios inspiradores de la LO 6/1984 es el de generalidad, según el cual se puede enjuiciar la legalidad de todo tipo de privación de libertad, a excepción de las decretadas por la autoridad judicial.

En todo caso, la pretensión que se formule en el *Habeas Corpus* recaerá necesariamente sobre la libertad personal, pudiendo solicitarse su

incumplimiento de cualquiera de los derechos y garantías que se reconocen al detenido durante su privación de libertad, convertirá en ilegal la misma.

⁶⁹² STC 224/1998, de 24 de noviembre (RTC 1998, 224); STC 61/2003, de 24 de marzo (RTC 2003, 61).

restablecimiento por la petición de puesta inmediata en libertad o la puesta a disposición de la autoridad judicial.

a) Legitimación

En cuanto a la legitimación para el inicio del proceso, el artículo 3 de la LO 6/1984 permite que el mismo pueda ser incoado de oficio por parte del órgano judicial competente⁶⁹⁴, si bien lo normal es que se inicie a instancia de parte legitimada, debiendo entender por tal a la persona física privada de libertad. Pero además la ley ha concedido legitimación activa a otra serie de personas distintas del detenido, como son las personas unidas al mismo por lazo de parentesco, su cónyuge o persona unida al mismo por análoga relación de afectividad, descendientes, ascendientes o hermanos, o por lazos jurídicos, como son sus representantes legales en caso de que el detenido sea menor o incapaz. También se reconoce legitimación al Ministerio Fiscal, en atención al interés público que se debate en este proceso y las facultades que tiene atribuido en el Estatuto del Ministerio Fiscal, estando facultado para velar por el respeto de los derechos

⁶⁹³ Son supuestos de detención judicial los previstos en los artículos 494 y 497 y ss. LECRIM. Y en caso de ilegalidad de la misma se podrá combatir mediante los recursos pertinentes en vía judicial.

⁶⁹⁴ El artículo 2.1 LO 6/1984 establece: “*como regla general, serán competentes para conocer la solicitud de Habeas Corpus, los Juzgados de Instrucción*”; el artículo 2.2 de la citada ley establece que “*si la detención obedece a la aplicación de la Ley Orgánica que desarrolla los supuestos previstos por el artículo 55.2, el procedimiento deberá seguirse ante el Juez Central de Instrucción correspondiente*”. Y el artículo 2.3 establece: “*en el ámbito de la Jurisdicción Militar, será competente para conocer de la solicitud de Habeas Corpus, el Juez Togado Militar de Instrucción constituido en la cabecera de la circunscripción jurisdiccional en la que se efectuó la detención*”. El supuesto que puede ocurrir de incoación de oficio del proceso de *Habeas Corpus* será cuando tenga conocimiento de la comisión de una detención ilegal por denuncia de sujetos no legitimados para iniciar el proceso.

fundamentales y las libertades públicas⁶⁹⁵. Finalmente se concede legitimación extraordinaria para instar la iniciación del proceso al Defensor del Pueblo, legitimación que se deriva de su función de fiscalizador general de la actividad de la Administración respecto de los derechos y libertades del Título I de la Constitución⁶⁹⁶.

Resulta extraño que no esté legitimado el abogado, designado o de oficio⁶⁹⁷. El artículo 3 de la LO 6/1984 no atribuye legitimación activa extraordinaria al Abogado defensor para la iniciación del proceso, a pesar de atribuir legitimación al representante legal del detenido en caso de que éste sea menor de edad o se encuentre incapacitado. Esta falta de previsión sí que supone un desacierto de la LO 6/1984 y un obstáculo para la efectiva iniciación del proceso, en la medida en que es posible que el detenido no pueda instar el proceso y que, a su vez, carezca de familiares que puedan incoar el mismo, o que, incluso existiendo estos familiares, no tengan interés alguno en obtener la libertad del detenido. Ello lleva a mantener la posibilidad de que el Abogado defensor pueda instar la iniciación del proceso de *Habeas Corpus* siempre que tenga interés legítimo, el cual concurrirá, fundamentalmente, en los supuestos de incomunicación del detenido. En ese sentido se expresa la STC 61/2003⁶⁹⁸,

⁶⁹⁵ El artículo 13.3 del Estatuto Orgánica del Ministerio Fiscal y sobre todo el artículo 124.1 CE le atribuye al Ministerio Fiscal la acción de promover la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos y de los ciudadanos.

⁶⁹⁶ Así lo dispone el artículo 1 y 9.1 de la LO 3/1981, de 6 de abril, del Defensor del Pueblo.

⁶⁹⁷ SALIDO VALLE, C., *La detención policial*, cit., pág. 298. Se puede considerar como un desacierto o defecto de la ley, el no atribuir legitimación activa para la iniciación del proceso al Abogado defensor cuando éste acredite un interés legítimo, así opina GONZÁLEZ MALABIA, S., *Reflexiones sobre los aciertos y desaciertos...*, cit., pág. 4.

⁶⁹⁸ La STC 61/2003, de 24 de marzo (RTC 2003, 61), recoge el supuesto de petición de *Habeas Corpus* por el letrado del detenido que aportaba poder general, pero que fue denegada la solicitud de incoación por falta de legitimación activa por parte del peticionario. El Tribunal estimó el amparo alegando: “no cabe sostener falta de legitimación alguna del Letrado, ya que éste no solicitó por él mismo la incoación del procedimiento, sino en su calidad de representante del verdadero interesado. El que instó el procedimiento fue el propio interesado,

que defiende “ *la legitimación la ostenta no sólo el privado de libertad, sino también el Letrado que haya podido asistirle en el momento de dicha privación ya que, dada su situación, se erige en verdadero instrumento de su voluntad y guardián de los derechos fundamentales del detenido*”.

La necesidad de conocimientos jurídicos para describir las circunstancias en que se produce la privación de libertad hace aconsejable que tal legitimación se conceda al abogado que tras conocer los hechos imputados al detenido, las razones de su detención y las circunstancias en que se desarrolla, considere que se encuentra ante cualquiera de los casos de detención ilegal que se establecen en la LO 6/1984. En la práctica al Abogado sólo le cabe aconsejar al detenido durante la entrevista reservada que solicite *Habeas Corpus*, o bien localizar y aconsejar en ese sentido a algún familiar del detenido legitimado para instar dicho procedimiento⁶⁹⁹.

La iniciación del proceso a instancia de los sujetos legitimados, conforme se establece en el artículo 4 LO 6/1984, comienza por medio de “*escrito o comparecencia, no siendo preceptiva la intervención de*

plenamente legitimado, y no su Abogado, que limitó su papel a asumir la representación de aquél (...) Si el juez albergase alguna duda sobre la existencia del oportuno mandato conferido a su Letrado por el detenido debió disiparla, realizando las comprobaciones oportunas(...) Al no hacerlo de esta manera, la denegación “a limine litis” del “*Habeas Corpus*”, no se acomoda a la función que al órgano judicial incumbe de guardián de la libertad personal”.

⁶⁹⁹ La STC 224/1998, de 24 de noviembre, (RTC 1998, 224), plantea la legitimación del Letrado para solicitar la incoación del proceso de *Habeas Corpus*, reiterando lo dispuesto en el ATC 55/1996, de 6 de marzo, (RTC 1996, 55) en el que se expresaba que “*no cabe sostener falta de legitimación alguna del Letrado a cuyo favor se otorgó la representación, ya que, dicho Letrado no solicitó por él mismo la incoación del procedimiento, sino en su calidad de representante de los verdaderos interesados cuya legitimación para solicitar la incoación del meritado procedimiento queda fuera de toda duda*”. En dicha sentencia el TC manifiesta que “*si bien es cierto que en el caso enjuiciado el privado de libertad, promovente del amparo, no instó por sí mismo el mentado procedimiento, no es menos cierto que actuó en su nombre, tácitamente apoderado al efecto, el Letrado del turno de oficio para asistirle como detenido... esta circunstancia conduce a atender que se ha solicitado el procedimiento por quien, como el privado de libertad, tiene legitimación para ello, si bien, instrumentalmente y dada su situación, lo efectuase en su nombre el Letrado designado por el turno de oficio para asistirle como detenido*”.

Abogado ni Procurador... En dicho escrito deberá constar: a) el nombre y circunstancias personales del solicitante y de la persona para la que se solicita el amparo judicial regulado en esta ley; b) el lugar en que se halle el privado de libertad, autoridad o persona bajo cuya custodia se encuentra, si fueren conocidos, y todas aquellas circunstancias que pudieran resultar relevantes; c) el motivo concreto por el que se solicita el Habeas Corpus”.

b) Escrito de petición de “Habeas Corpus”

El escrito de iniciación no es una demanda, aunque se califique de demandado a la persona o institución que ordenó o practicó la detención considerada ilegal, sino una simple petición de que se produzca la comparecencia del detenido, pudiendo ser aplicado el régimen dispuesto en los artículos 266 y 268 LECRIM para la denuncia⁷⁰⁰. El proceso se puede iniciar de manera oral o de manera escrita, pero en todo caso, es necesario que consten una serie de datos, reflejados en el artículo 4 b) LO 6/1984, entre ellos, el motivo por el que se solicita y el lugar de custodia, autoridad o persona bajo cuya custodia se encuentre. La falta de cualquiera de los requisitos exigidos por el citado artículo faculta al Juez para su subsanación, pero no para inadmitir la solicitud⁷⁰¹.

⁷⁰⁰ El artículo 266 LECRIM establece: “*la denuncia que se hiciera por escrito, deberá estar firmada por el denunciador, y si no pudiese hacerlo, por otra persona a su ruego. La autoridad o funcionario que la recibiere, rubricará y sellará todas las hojas a presencia del que la presentare, quien podrá también rubricarla por sí o por medio de otra persona a su ruego*”.

⁷⁰¹ La STC 66/1996, de 16 de abril, (RTC 1996, 66), establece: “*el escrito de petición de iniciación del proceso de Habeas Corpus puede cumplir plenamente su función con la sucinta mención de los datos indicados en el artículo 4 de la LO 6/1984, pues su contenido se ha de ver contemplado en el trámite de audiencia de la persona privada de libertad o de su Abogado*”.

No se exige firma de Abogado ni representación por Procurador, con la finalidad de facilitar la celeridad del proceso, lo cual no impide el uso de tales profesionales si el detenido lo considera oportuno.

Junto al escrito o comparecencia de iniciación la ley prevé otra posibilidad de iniciar el proceso consistente en una declaración de voluntad unilateral del propio detenido, que se puede realizar de forma verbal ante la autoridad o funcionario o por escrito que conste en el atestado. En este supuesto, previsto en el artículo 5 LO 6/1984, “*las autoridades, agentes y funcionarios públicos tienen obligación de poner en conocimiento de la autoridad judicial la solicitud de habeas corpus formulada por la persona privada de libertad que se encuentre bajo su custodia*”. La policía que procede a la detención de una persona debe instruir un atestado o diligencias policiales para ser remitido a la autoridad judicial. Si en el curso de las actuaciones policiales el detenido formula la solicitud de *Habeas Corpus*, la policía o autoridad responsable habrá de poner en conocimiento del Juez competente dicha solicitud⁷⁰², anotar en el atestado la solicitud y la comunicación al Juzgado mediante la oportuna diligencia. Se cesará en las actuaciones en las que deba participar el detenido, pero se seguirá con la práctica de las investigaciones que sean necesarias para evitar el peligro en el retraso de las investigaciones policiales o se puedan ocultar o destruir pruebas del hecho investigado.

⁷⁰² El artículo 2 de la LO 6/1984 establece: “*es competente para conocer la solicitud de Habeas Corpus el Juez de Instrucción del lugar en que se encuentre la persona privada de libertad; si no constare, el del lugar en que se produzca la detención y, en defecto de los anteriores, el del lugar en que se hayan tenido las últimas noticias sobre el paradero del detenido. Si la detención obedece a la aplicación de la Ley Orgánica que desarrolla los supuestos previstos en el artículo 55.2 CE, el procedimiento deberá seguirse ante el Juez Central de Instrucción correspondiente. En el ámbito de la jurisdicción militar será competente para conocer de la solicitud de Habeas Corpus el Juez Togado Militar de Instrucción constituido en la cabecera de la circunscripción jurisdiccional en la que se efectuó la detención*”.

Respecto a los requisitos de los que debe constar la solicitud, será suficiente con que el detenido manifieste en la misma su deseo de que sea revisada judicialmente su situación para que la autoridad que lo custodie ponga inmediatamente en conocimiento de la autoridad judicial competente tal solicitud, exigiéndose sólo que el detenido formule a los funcionarios que le custodian su deseo de ser llevado a presencia judicial por considerar su detención como ilegal, sin necesidad de formalismo alguno, y sin necesidad de alegar motivo alguno⁷⁰³. En caso de que la autoridad gubernativa incumpla la obligación de poner en conocimiento del Juez competente la solicitud de *Habeas Corpus* formulada por la persona privada de libertad, serán apercibidas por el mismo sin perjuicio de las responsabilidades penales y disciplinarias en que puedan incurrir.

B) Incoación del proceso

Una vez presentada la solicitud de *Habeas Corpus*, “el Juez examinará la concurrencia de los requisitos para su tramitación y dará traslado de la misma al Ministerio Fiscal. Seguidamente, mediante auto, acordará la incoación del procedimiento o, en su caso, denegará la solicitud por ser ésta improcedente. Dicho auto se notificará, en todo caso, al Ministerio Fiscal. Contra la resolución que en uno u otro caso se adopte, no cabrá recurso alguno”, conforme establece el artículo 6 de LO 6/1984.

El Juez examinará si en la solicitud concurren los elementos necesarios para la tramitación del proceso; si falta algún elemento procesal

⁷⁰³ GIMENO SENDRA, V., (*El proceso de Habeas Corpus*, cit., pág. 82), opina que tan sólo es necesario, a pesar de que nada diga la ley, la ratificación de la solicitud por parte del detenido,

no se dictará resolución sobre el fondo y se denegará la incoación del proceso⁷⁰⁴. También el Juez verificará que concurren en la solicitud los elementos materiales en que se funda la petición. Para ello el Juez Instructor deberá examinar jurídicamente como se adoptó la medida de privación de libertad, si se ha llevado a cabo en la forma y con los presupuestos legalmente establecidos. Si se han respetado al practicarse la detención las garantías constitucionales y procesales previstas en cuanto al plazo de la detención y el respeto durante la misma de los derechos y garantías fundamentales reconocidos por la Constitución y las leyes procesales, así como si se dan los presupuestos materiales que justifican la detención y que consisten en la imputación a la persona detenida de la comisión de un delito grave⁷⁰⁵.

Examinada la concurrencia en la solicitud de los elementos necesarios para su tramitación, “*seguidamente, mediante auto, acordará la incoación del procedimiento o, en su caso, denegará la solicitud por ser ésta improcedente. Dicho auto se notificará, en todo caso, al Ministerio Fiscal*”, según establece el artículo 6 LO 6/1984. La resolución que acuerde la incoación del proceso o por la que se deniegue la solicitud por improcedente revestirá la forma de auto. La inadmisión a trámite del proceso de *Habeas Corpus* no supone una vulneración del derecho

circunstancia que obliga a los funcionarios de policía, una vez redactada la diligencia de solicitud, a exponérsela al detenido con la finalidad de que éste la ratifique con su firma.

⁷⁰⁴ Son de carácter procesal los requisitos referentes a la jurisdicción y competencia objetiva y territorial, la capacidad y legitimación del solicitante, los exigidos por la LO 6/1984, como la fijación del lugar de custodia del detenido e identificación de la autoridad o persona que dispuso la detención, y el motivo concreto por el que se solicita el *Habeas Corpus*, si se insta por escrito.

⁷⁰⁵ En este sentido la STC 341/1993, de 18 de noviembre (RTC 1993, 341).

fundamental a la tutela judicial efectiva, siempre que tal denegación se encuentre debidamente razonada y basada en causa legal⁷⁰⁶.

La regla general ha de ser la de optar por la incoación del proceso, puesto que ante una detención, si existe alguna duda en cuanto a la legalidad, no procede acordar la inadmisión, sino examinar dichas circunstancias, convirtiéndose así la inadmisión en una excepción a la regla general producida en determinados supuestos, como son: la ausencia de los elementos necesarios de la solicitud de iniciación salvo que sean subsanables, o cuando las detenciones sean imaginarias o exista evidencia física de que no ha existido privación de libertad⁷⁰⁷. Al respecto vamos a recordar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la efectividad del control judicial de la petición de *Habeas Corpus*, frente a la práctica habitual en los Juzgados de inadmitir *a limine* la solicitud de *Habeas Corpus*, realizando una valoración de las causas del artículo 1 de la LO 6/1984. Frente a esa práctica se alza el Tribunal Constitucional en reiteradas sentencias, como la STC 94/2003⁷⁰⁸, que establece: “...*si se da el presupuesto de la privación de libertad y se cumplen los requisitos formales para la admisión a trámite, no es lícito denegar la incoación del Habeas Corpus(...)*este Tribunal ha admitido el rechazo liminar en supuestos en los cuales no se daba el presupuesto de privación de libertad o de falta de competencia del órgano judicial (...)Por ello, en los casos en los cuales la situación de privación de libertad real y efectiva exista y esta no ha sido acordada judicialmente, no procede acordar la inadmisión,

⁷⁰⁶ Así lo manifiesta el TC en múltiples sentencias: 104/1990, de 4 de junio (RTC 1990, 104); STC 21/1996, de 12 de febrero (RTC 1996, 21); STC 224/1998, de 24 de noviembre (RTC 1998, 224); STC 62/1995, de 29 de marzo (RTC 1995, 62); y STC 174/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999, 174).

⁷⁰⁷ En este sentido las SSTC 26/1995, de 6 de febrero (RTC 1995, 26); STC 62/1995, de 29 de marzo (RTC 1995, 62); y STC 21/1996, de 12 de febrero (RTC 1996, 21).

sino examinar las circunstancias de esa privación de libertad, ya que el enjuiciamiento de la legalidad de la privación de libertad, en aplicación de lo previsto en el artículo 1 de la LO 6/1984, debe llevarse a cabo en el juicio de fondo, previa comparecencia y audiencia del solicitante y demás partes (...) En conclusión, la inadmisión liminar de un procedimiento de Habeas Corpus basada en la legalidad de la situación de privación de libertad supone, en sí misma, una vulneración del artículo 17.4 CE, al implicar una resolución sobre el fondo que solo puede realizarse una vez sustanciado el procedimiento. Y más reciente la STC 122/2004⁷⁰⁹, que resume la doctrina consolidada por dicho Tribunal (STC 94/2003, de 19 de mayo, FJ 3º, y STC 23/2004, de 23 de febrero, FJ 5º) sobre el procedimiento de Habeas Corpus, como garantía fundamental del derecho a la libertad, y la medida en qué puede verse vulnerado por resoluciones judiciales de inadmisión a trámite de la solicitud de Habeas Corpus, establece los siguientes puntos: "c) De acuerdo con la específica naturaleza y finalidad constitucional de este procedimiento adquiere especial relevancia la distinción, explícitamente prevista en los artículos 6 y 8 LOHC, entre el juicio de admisibilidad y el juicio de fondo sobre la licitud de la detención. Y ello porque, en el trámite de admisión, no se produce la puesta a disposición judicial de la persona cuya privación de libertad se reputa ilegal, ya que la comparecencia ante el Juez de dicha persona sólo se produce, de acuerdo con el párrafo 1 del artículo 7 LOHC, una vez que el Juez ha decidido la admisión a trámite mediante el Auto de incoación.

d) De ese modo, aún cuando la LO 6/1984 permita realizar un juicio de admisibilidad previo sobre la concurrencia de los requisitos para su

⁷⁰⁸ STC 94/2003, de 19 de mayo (RTC 2003, 94).

⁷⁰⁹ STC 122/2004, de 12 de julio (RTC 2004, 122).

tramitación, posibilitando denegar la incoación del procedimiento, la legitimidad constitucional de tal resolución liminar debe reducirse a los supuestos en los cuales se incumplan los requisitos formales a los que se refiere el artículo 4 LOHC. Por ello, si se da el presupuesto de la privación de libertad y se cumplen los requisitos formales para la admisión a trámite, no es lícito denegar la incoación del “Habeas Corpus”. Ahora bien, este Tribunal ha admitido el rechazo limitar en supuestos en los cuales no se daba el presupuesto de privación de libertad o de falta de competencia del órgano judicial.

e) Por ello, en los casos en los cuales la situación de privación de libertad exista, si hay alguna duda en cuanto a la legalidad de las circunstancias de ésta, no procede acordar la inadmisión, sino examinar dichas circunstancias, ya que el enjuiciamiento de la legalidad de la privación de libertad debe llevarse a cabo en el juicio de fondo, previa comparecencia y audiencia del solicitante y demás partes, con la facultad de proponer y practicar pruebas, conforme al artículo 7 LOHC. De ese modo no es posible fundamentar la improcedencia de la inadmisión de este procedimiento cuando ésta se funda en la afirmación de que el recurrente no se encontraba ilícitamente privado de libertad, precisamente porque el contenido propio de la pretensión formulada en el “Habeas Corpus” es el de determinar la licitud o ilicitud de dicha privación.

f) Por lo que respecta a la existencia de una situación de privación de libertad, como presupuesto para la admisibilidad del “Habeas Corpus”, se ha reiterado que debe cumplirse una doble exigencia. Por un lado, que la situación de privación de libertad sea real y efectiva, pues si no ha llegado a existir tal situación, las reparaciones que pudieran

proceder han de buscarse por las vías jurisdiccionales adecuadas. Y por otra parte, que la situación de privación de libertad no haya sido acordada judicialmente...En tal sentido este Tribunal ha afirmado que tienen el carácter de situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente, las detenciones policiales, las detenciones impuestas en materia de extranjería o las sanciones de arresto domiciliario impuestas en expedientes disciplinarios por las autoridades militares. En conclusión, la inadmisión liminar de un procedimiento de “Habeas Corpus” basada en la legalidad de la situación de privación de libertad supone, en sí misma, una vulneración del artículo 17.4 CE, al implicar una resolución sobre el fondo que sólo puede realizarse una vez sustanciado el procedimiento. Los únicos motivos legítimos para inadmitir un procedimiento de “Habeas Corpus” serán los basados, bien en la falta del presupuesto mismo de la situación de privación de libertad, bien en la no concurrencia de sus requisitos formales”.

C) Tramitación del proceso

La rapidez del proceso de *Habeas Corpus* se muestra en su tramitación; y así, conforme establece el artículo 7.1 LO 6/1984: “*En el auto de incoación, el Juez ordenará a la autoridad a cuya disposición se halle la persona privada de libertad o a aquel en cuyo poder se encuentre, que la ponga de manifiesto ante él, sin pretexto ni demora alguna o se constituirá en el lugar donde aquella se encuentre*”. El Juez podrá ordenar que el detenido sea puesto a su presencia, sin pretexto ni demora alguna, lo que de ordinario suele ocurrir, o constituirse en el lugar de custodia donde se encuentre el detenido. Esta segunda posibilidad se dará en los supuestos

de detenciones ilegales que sean constitutivas de delito y en cuya práctica se cometa delito de tortura, o en el supuesto de que se incumpla el requerimiento adoptado como primera opción; quedando como excepción para los supuestos de gravedad, la constitución del Juez en el lugar de custodia.

a) *Vista oral*

Una vez que el detenido se halle a presencia judicial tendrá lugar la celebración de una vista oral o comparecencia, con una primera fase de alegaciones de las partes y una segunda de proposición y práctica de los medios de prueba que se admitan por el órgano judicial.

En esta comparecencia el Juez “*oirá a la persona privada de libertad, o en su caso, a su representante legal y Abogado, si lo hubiere designado, así como al Ministerio Fiscal; acto seguido oirá en justificación de su proceder a la autoridad, agentes, funcionarios públicos o representante de la institución o persona que hubiere ordenado o practicado la detención o internamiento y, en todo caso, a aquella bajo cuya custodia se encontrare la persona privada de libertad; a todas ellas dará a conocer el Juez las declaraciones del privado de libertad*” (artículo 7.2 LO 6/1984).

Será necesario oír, en primer lugar, a la persona privada de libertad, para deducir el material básico de la convicción judicial. Las alegaciones orales del detenido cumplen una serie de funciones como son la de deducir la pretensión, establecer el deber de congruencia del órgano judicial; puesto que éste queda conformado por la alegación fáctica deducida ante el Juez en el trámite de alegaciones, y determinar el *thema decidendi*, al

introducir los hechos sobre los cuales ha de recaer la actividad probatoria⁷¹⁰. También podrá alegar, para el caso de que el detenido fuera menor de edad o tuviera limitada su capacidad de obrar, su representante legal o tutor, o en el supuesto de que no esté determinado, el Ministerio Fiscal, en su obligación de velar por los intereses de las personas desvalidas. Finalmente le corresponde alegar, en este turno, al Abogado defensor designado por el detenido o asignado del turno de oficio, quien podrá manifestar en nombre de su defendido las alegaciones que estime oportunas.

b) Alegaciones

En cuanto a las alegaciones de la parte contraria, la demandada, se oirá a la autoridad, agente, funcionario público o representante de la institución o persona que hubiere ordenado la detención y, en todo caso, a aquella bajo cuya custodia se encontrare la persona privada de libertad. Respecto a la persona o autoridad responsable de la custodia, debe entenderse por responsable al funcionario jefe que tiene bajo su mando al conjunto de funcionarios del centro de detención, comisaría, cuartel o centro de detenidos. Sea quien sea el que comparezca a declarar, no lo hará en calidad de testigo, sino de parte, pudiendo comparecer asistido de Abogado defensor⁷¹¹. El trámite de alegaciones concluirá con las del Ministerio Fiscal, que habrá de oír necesariamente el Juez antes de dictar resolución, siendo lo lógico que sea al final del acto, tras oír a todos los intervinientes y una vez practicada la prueba que haya podido realizarse.

⁷¹⁰ Así lo señala GIMENO SENDRA, V., *El proceso de Habeas Corpus*, cit., pág. 112 .

⁷¹¹ GIMENO SENDRA, V. , *El proceso de Habeas Corpus*, cit., pág. 118.

c) *Prueba*

Después de oír las alegaciones de las partes presentes, “*el Juez admitirá, si las estima pertinentes, las pruebas que aporten las personas a las que se refiere el párrafo anterior y las que propongan que puedan practicarse en el acto*” (artículo 7.3 LO 6/1984). La aportación y práctica de pruebas en el proceso de *Habeas Corpus* tiene unas limitaciones derivadas de la rapidez con que se tiene que finalizar el proceso. Los intervinientes propondrán al Juez los medios de prueba que pretendan utilizar, sin más limitaciones que “*puedan practicarse en el acto o en el plazo de veinticuatro horas a contar desde que se dictó el auto de incoación*” (artículo 7.4 LO 6/1984).

En cuanto a los medios de prueba que pueden proponerse, la ley no limita el uso de los medios probatorios, pudiendo mantenerse que todas las pruebas previstas en la LECRIM son practicables en esta vista oral, solamente existe una restricción por razón de la rapidez de este proceso, dado que han de poder practicarse en el acto o en todo caso dentro de las veinticuatro horas contadas desde que se dictó el auto de incoación.

Los medios de prueba de los que pretendan valerse las partes estará en función de la naturaleza de la detención, de manera que si la detención está afectada por un vicio de forma será relevante la documental; si la detención adolece de vicios de carácter material, el reconocimiento pericial y la inspección judicial; cuando haya personas que hayan sido testigos presenciales de la ilegalidad de la detención, será la prueba testifical⁷¹².

Los medios de prueba propuestos al Juez pueden ser rechazados por el mismo, por considerarlos impertinentes o por no poderse practicar en el acto. En ese caso la parte proponente puede ejercitar recurso de reforma,

sin embargo la celeridad del proceso aconseja que se formule la oportuna protesta ante el Juez que inadmite el medio de prueba, cumpliendo así el requisito exigido por el artículo 44.1 c) de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional con la finalidad de poder interponer posteriormente el recurso de amparo⁷¹³.

En cuanto a la práctica de los medios de prueba admitidos, ante la falta de previsión expresa de la LO 6/1984, ha de atenderse a lo dispuesto en el Título III del Libro III de la LECRIM relativo a la celebración del juicio oral, pero con las especialidades propias de la celeridad del proceso⁷¹⁴.

D) Terminación del proceso

Según establece el artículo 8 de la LO 6/1984 “*practicadas las actuaciones a que se refiere el artículo anterior, el Juez, mediante auto motivado, adoptará seguidamente alguna de estas resoluciones...*”. También se muestra la celeridad del proceso en la fase de resolución, puesto que concluida la fase de alegaciones y prueba, el Juez deberá dictar resolución motivada en forma de auto y ello sin dilación, lo que significa que no debe agotar el plazo común de 24 horas previsto en el artículo 7.4 de la Ley para la tramitación y resolución del proceso.

⁷¹² SORIANO, R., *El derecho de Habeas Corpus*, cit., pág. 253.

⁷¹³ En ese sentido se expresa GIMENO SENDRA, V., *El proceso de Habeas Corpus*, cit., pág. 123

⁷¹⁴ La remisión a la LECRIM puede presentar dificultades; así, la declaración de las partes en realidad se articula por medio de testifical o declaraciones indagatorias; en la prueba testifical, debido a la celeridad del proceso, no es posible el interrogatorio del testigo por exhorto; en la prueba pericial puede surgir imposibilidad material en su práctica salvo en el informe del Médico forense, debido al breve plazo de tiempo.

La resolución que se dicte pondrá fin al proceso⁷¹⁵, y su contenido puede ser estimatorio o desestimatorio de la pretensión, atendiendo a si se cumplen o no los presupuestos previstos en el artículo 1 LO 6/1984, conforme se determina en los apartados 1 y 2 del artículo 8, que señala: “1. Si estima que no se da ninguna de las circunstancias a que se refiere el artículo primero de esta Ley, acordará el archivo de las actuaciones, declarando ser conforme a Derecho la privación de libertad y las circunstancias en que se está realizando. 2. Si estima que concurren alguna de las circunstancias del artículo primero de esta Ley, se acordará en el acto alguna de las siguientes medidas:

a) *La puesta en libertad del privado de ésta, si lo fue ilegalmente.*

b) *Que continúe la situación de privación de libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso, pero si lo considerase necesario, en establecimiento distinto, o bajo la custodia de personas distintas de las que hasta entonces la detentaban.*

c) *Que la persona privada de libertad sea puesta inmediatamente a disposición judicial si ya hubiere transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención”.*

La resolución desestimatoria recogida en el primer apartado del artículo 8 queda condicionada al examen de todos los requisitos previstos

⁷¹⁵ Hay que tener en cuenta el carácter especial y la cognición limitada del proceso, a través del cual se busca solo la inmediata puesta de disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Conforme establece la STC 104/1990, de 4 de junio, (RTC 1990, 104) “*el órgano judicial se ha de limitar a juzgar la legitimidad de una situación de privación de libertad a la que puede poner fin o modificar en atención a las circunstancias en que la detención se produjo, pero sin extraer de éstas más consecuencias que la de la necesaria finalización o modificación de dicha situación de privación de libertad, adoptando en su caso alguna o algunas de las decisiones a las que se refiere el artículo 9 del mismo texto legal, de manera que este proceso permite hacer cesar de modo inmediato las situaciones irregulares de privación de libertad, más no es un proceso al término del cual puedan obtenerse declaraciones sobre los agravios que, a causa de una detención, se hayan infringido a los que*

en el artículo 1 de la ley, que determinan la ilegalidad de la detención practicada, de manera que si las partes tan sólo hubieran alegado alguno de los motivos de dicho precepto, la resolución habrá de limitarse a confirmar o denegar el motivo de ilegalidad de la detención practicada. Ello tiene importancia a efectos de la cosa juzgada, que se extenderá solamente al motivo de legalidad de la detención aducido por las partes y declarado por el Juez en su resolución, pudiendo plantear un posterior *Habeas Corpus* con base en un nuevo motivo, distinto al ya alegado y resuelto, y el efecto de la cosa juzgada no afectará a este segundo proceso de *Habeas Corpus*⁷¹⁶.

Si la resolución es estimatoria de la pretensión de *Habeas Corpus*, partiendo de la declaración de ilegalidad de la detención practicada o sus circunstancias, el pronunciamiento de condena será distinto según la causa de pedir o motivo solicitado y podrá consistir en la puesta en libertad del privado de libertad, la custodia del detenido en lugar distinto o bajo el control de otras personas, o la puesta inmediata a disposición judicial de la persona detenida (artículo 8.2 LO 6/1984). De los tres pronunciamientos posibles, la puesta en libertad del detenido es el único pronunciamiento que supone la plena restitución del derecho a la libertad personal, pronunciamiento que se adoptará siempre que falte el presupuesto material habilitante de la privación de libertad, es decir, cuando la detención no estuviera incluida dentro de alguno de aquellos casos en que la ley permite privar de libertad a una persona, porque el ajuste o no a la Constitución y al ordenamiento jurídico de aquel acto, depende el reconocimiento o la

la haya padecido, quienes podrán buscar, por las vías jurisdiccionales adecuadas, la reparación en Derecho de aquellas lesiones”.

⁷¹⁶ En este sentido GIMENO SENDRA, V. , *El proceso de Habeas Corpus.*, cit., pág. 127 a 129.

vulneración del derecho a la libertad y de la legalidad o no de la detención⁷¹⁷.

El pronunciamiento consistente en el cambio del sujeto o lugar de custodia se prevé para los supuestos en que, aún siendo procedente la detención, se ha cometido alguna violación de los derechos que la Constitución y las leyes garantizan a toda persona detenida. En concreto se adoptará si el motivo es el recogido en el segundo fragmento del punto a) del artículo 1 de la LO 6/1984 (sin haberse cumplido las formalidades prevenidas y los requisitos exigidos por las Leyes) y la letra d) del mismo precepto (personas privadas de libertad a las que no les sean respetados los derechos que la Constitución y las leyes procesales garantizan a todo detenido)⁷¹⁸.

El tercer pronunciamiento que puede dictarse consiste en la puesta a disposición judicial del detenido, cuando hubiere transcurrido el plazo legalmente establecido para la detención, y también cuando el Juez Instructor considere concluidas las diligencias policiales o que las mismas deban continuarse en sede judicial (artículo 1, punto c, LO 6/1984). En este supuesto la detención era legal, pero se vulnera la garantía del plazo de duración de la detención, convirtiéndose en ilegal⁷¹⁹. Es frecuente que en la práctica se utilice el proceso de *Habeas Corpus* para adelantar la

⁷¹⁷ STC 66/1996, de 16 de abril (RTC 1996, 66).

⁷¹⁸ GIMENO SENDRA, V. *El proceso de Habeas Corpus*, cit, págs. 131 a 135, critica lo dispuesto en la ley al considerar que los distintos pronunciamientos concretos que se derivan no son sostenibles, puesto que una vez producida tal vulneración, esta detención policial ha de convertirse en judicial en la medida en que a través de esos posible pronunciamientos tan sólo se garantizan aquellas garantías tendentes a tutelar la espontaneidad del interrogatorio o, si se quiere, a que el detenido no pueda sufrir en su persona daños físicos o psíquicos, quedando así desprotegidas otras garantías procesales cuya eventual infracción no puede ser restablecida por el Juez con un mero cambio de custodia policial del detenido o de la dirección policial de las investigaciones.

puesta a disposición judicial acortando el plazo de detención policial; para evitar que se produzca un efecto no previsto en la ley, por la mera interposición del *Habeas Corpus*, se debe de tener cuidado por parte del Juez Instructor que va a conocer del proceso, advirtiendo al funcionario o Autoridad del que depende el detenido, que presente al mismo en el Juzgado de Guardia, pero que no finalice las diligencias de investigación, de lo contrario, si las diligencias policiales están finalizadas, el solicitante de *Habeas Corpus* a presencia judicial se convierte en un detenido, y el Juez de Instrucción deberá resolver sobre el *Habeas Corpus* y sobre la situación personal del mismo por el conocimiento de las diligencias de las que deberá incoar un proceso penal.

E) Medios de impugnación

Contra el auto que resuelve el *Habeas Corpus* y pone fin al mismo la ley no ha previsto la posibilidad de interposición de recursos. Si bien se prevé para el auto que acuerda la incoación del proceso o la denegación de la solicitud de iniciación que no cabe recurso alguno (artículo 6, *in fine* LO 6/1984), sin embargo nada dice la ley respecto de la posibilidad de impugnar el auto estimatorio o desestimatorio de la pretensión de *Habeas Corpus*. Esta falta de previsión legal ha dado lugar a que la doctrina quede dividida sobre tal posibilidad. Para GIMENO SENDRA⁷²⁰ es de aplicación supletoria la LECRIM, y por tanto, la procedencia del recurso de queja ante la imposibilidad de interponer recurso de apelación, por aplicación del

⁷¹⁹ La STC 86/1996, de 21 de mayo (RTC 1996, 86), establece que aún siendo la detención legal, dejó de serlo una vez que ya se habían practicado las correspondientes diligencias policiales, al mantener indebidamente la detención más allá de lo estrictamente necesario.

⁷²⁰ GIMENO SENDRA, V., *El proceso de Habeas Corpus*, cit., pág. 141

artículo 218 de la citada ley⁷²¹. El citado recurso se tramitará previa interposición del recurso de reforma que sería procedente por aplicación supletoria de la LECRIM.

Por otra parte, el recurso de queja, en este supuesto, sería un recurso devolutivo contra un auto no apelable del Juzgado de Instrucción⁷²². El ámbito del recurso de queja hay que entenderlo reducido al procedimiento ordinario ya que, en el abreviado, la reforma de la LECRIM, por Ley 38/2002, ha suprimido la queja contra este tipo de resoluciones, sustituyéndola por la apelación (artículo 766.1)⁷²³. Por lo tanto, se debe considerar que el recurso de apelación contra resoluciones interlocutorias, tras la reforma de 2002, se ha convertido en el recurso devolutivo ordinario contra los autos dictados por los Juzgados de Instrucción, con carácter general⁷²⁴. En el procedimiento ordinario, su interposición puede condicionarse al agotamiento previo de la reforma, sin embargo, en el procedimiento abreviado, recurrir en reforma no es previo para apelar, quedando como potestativo, en cuyo caso se plantearían ambos recursos de manera subsidiaria. Estimamos que ésta sería la solución, y que el recurso a interponer contra el auto resolviendo el *Habeas Corpus*, sería el recurso de apelación, independientemente de que se haya planteado antes recurso de reforma, que es potestativo, por aplicación del artículo 766 LECRIM.

⁷²¹ El artículo 218 LECRIM establece que “*el recurso de queja podrá interponerse contra todos los autos no apelables del Juez*”. El recurso de queja se tramitará conforme a lo dispuesto en los artículos 233 a 235 LECRIM.

⁷²² Podemos distinguir dos clases de recursos de queja: uno cuya naturaleza es similar a la apelación, y otra de naturaleza instrumental, por inadmisión de otro recurso.

⁷²³ Artículo 766.1 LECRIM: “*1. Contra los autos del Juez de Instrucción y del Juez de lo Penal que no estén exceptuados de recurso podrán ejercitarse el de reforma y el de apelación. Salvo que la ley disponga otra cosa, los recursos de reforma y apelación no suspenderán el curso del procedimiento.*”

⁷²⁴ MONTÓN REDONDO, A., *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, cit., pág. 373.

Otros autores⁷²⁵ consideran que tanto el recurso de reforma como el de queja, en su caso, aún cuando fueran tramitados con preferencia y sumariedad, producirían efectos puramente simbólicos puesto que cuando se resuelva el recurso su eficacia operativa será en la mayoría de los supuestos nula, pues el detenido estará ya en prisión, a disposición de la autoridad judicial o en libertad.

El Tribunal Constitucional ha sido contrario a la admisión de recursos al afirmar que “*con respecto al auto por el que se desestima la solicitud de Habeas Corpus, frente al cual, dado el silencio de la Ley Orgánica 6/1984, no es posible ejercitar impugnación alguna previa al acceso ante este Tribunal por medio del recurso de amparo*”⁷²⁶. Con ello el Tribunal Constitucional deja expedita la vía del recurso de amparo por estar el artículo 17.4 CE comprendido en el marco de actuación de tal recurso⁷²⁷.

F) Condena en costas

Concluido el proceso de *Habeas Corpus* mediante auto estimatorio o desestimatorio el órgano judicial deberá pronunciarse sobre la condena en costas, conforme establece el artículo 9.3 LO 6/1984: “*En todo caso, si se apreciase temeridad o mala fe, será condenado el solicitante al pago de*

⁷²⁵ DEL MORAL GARCIA, A., *Recursos en la fase de ejecución del proceso penal. Recurribilidad en otras materias propias de la jurisdicción penal*. Recursos en el orden jurisdiccional penal. Colección “Cuadernos de Derecho Judicial”.CGPJ. Madrid. 1995. Pág. 439.

⁷²⁶ STC 61/1995, de 29 de marzo (RTC 1995, 61).

⁷²⁷ En opinión de SORIANO, R., (*El derecho de Habeas Corpus*, cit., pág. 259) no deja de ser una afirmación poco acertada, puesto que “*si el constituyente instrumentalizó un proceso especial para proteger la libertad personal, en el mismo sentido debería haber establecido un sistema de recursos para escapar de la lentitud propia del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional*”.

las costas del procedimiento; en caso contrario, éstas se declararán de oficio”. La finalidad de imponer las costas consiste en evitar un ejercicio inadecuado de esta acción, motivo que justifica que el artículo parta del criterio de temeridad o mala fe para imponer las costas. Pero, en realidad, la imposición de costas deviene inútil y falto de contenido, al no ser preceptiva la intervención de Abogado y Procurador ni existir tasas judiciales⁷²⁸.

Puede llamar la atención el hecho de que el artículo 9.3 LO 6/1984 imponga el pago de las costas al solicitante del proceso, en los casos en que actúe con temeridad o mala fe, solicitante que siempre será el detenido o la parte actora material, lo cual puede derivar en una situación injusta, en la medida en que si se solicita la iniciación del proceso por sujetos distintos al detenido, concurriendo mala fe o temeridad, el Juez le impondrá el pago de las costas procesales al detenido y no a aquella persona que solicitó la iniciación del proceso, solución ésta que sería la aceptable.

G) El Derecho de “Habeas Corpus” de los extranjeros

El derecho de *Habeas Corpus* se considera como un derecho de reacción a la actuación ajena⁷²⁹, por entender el individuo, sometido a la privación de libertad, que la misma no se ajusta a los preceptos legales careciendo de cobertura jurídica, pudiendo constituir una detención ilegal.

⁷²⁸ De *lege ferenda*, como apunta GONZÁLEZ MALABIA, S.,(*Reflexiones sobre los aciertos y desaciertos...*, cit., pág. 28); lo que habría de imponerse al solicitante temerario o de mala fe no son las costas causadas, que serán mínimas o inexistentes, sino una fuerte sanción económica, evitando así la utilización abusiva de este proceso.

⁷²⁹ HERNÁNDEZ GALLEGO, P., *El extranjero y sus derechos, el extranjero irregular*, cit., pág. 34.

En cualquiera de los supuestos mencionados de detención del extranjero cabe la posibilidad de instar el correspondiente procedimiento de *Habeas Corpus*, al objeto de que sea revisada la legalidad de la privación de libertad por el Juez competente. El Tribunal Constitucional menciona el derecho de *Habeas Corpus* del artículo 17.4 CE referido tanto a la detención gubernativa previa, como también al internamiento en virtud de resolución judicial, si no se hallan debidamente motivadas por no respetar el derecho fundamental incluido en el artículo 17 CE⁷³⁰.

La postura del Tribunal Constitucional ha venido siendo clara y rotunda desde 1996. Destacamos especialmente las SSTC 21/1996, 66/1996 y 86/1996⁷³¹, que se refieren a supuestos de resoluciones judiciales que denegaban la solicitud de *Habeas Corpus* instada frente a la detención acordada, previa a la devolución del extranjero a su país. La doctrina constitucional establece: “...Ante una detención, aunque venga acordada por el funcionario administrativo competente, si existe alguna duda en cuanto a la legalidad de sus circunstancias, no procede acordar la inadmisión sino examinar dichas circunstancias(...)ya que el Juez del “*Habeas Corpus*” debe controlar la legalidad material de la detención administrativa, es decir, que ésta estuviera o no incluida dentro de alguno de aquellos casos en que la ley permite privar de libertad a una persona” (STC 21/1996)⁷³².

⁷³⁰ STC 115/1987, de 7 de julio (RTC 1987, 115); STC 98/1986, de 10 de julio (RTC 1986, 98); STC 12/1994, de 17 de enero (RTC 1994, 12).

⁷³¹ STC 21/1996, de 12 de febrero de 1996 (RTC 1996, 21); STC 66/1996, de 16 de abril (RTC 1996, 66) y STC 86/1996, de 23 de mayo (RTC 1996, 86).

⁷³² La STC 21/1996, de 12 de febrero, contempla el supuesto de un extranjero que es detenido tras serle comunicada la orden de expulsión dictada contra él, que resulta inadmitido a trámite por el Juez de Instrucción, el cual no entra en el fondo del asunto sobre la legalidad de la detención, por considerarse incompetente para ello. El extranjero recurre en amparo ante el Tribunal Constitucional, que lo otorga ordenando al Juez la admisión a trámite de la demanda de *Habeas Corpus*.

Por su parte, la STC 66/1996⁷³³ dice: “...ha de recordarse que el procedimiento de “Habeas Corpus” es una garantía procesal específica prevista por la Constitución para la protección del derecho fundamental a la libertad personal cuyo acceso no puede ser en modo alguno denegado sin que a la persona que acuda al mismo no se le haga saber la precisa razón legal de dicha denegación, so pena de incurrir en una vulneración del derecho a obtener una resolución judicial motivada...En el caso que ahora se examina ocurre que la solicitante de “Habeas Corpus” se ha quedado sin saber la precisa razón legal por la que se inadmitía su petición”.

Y la STC 86/1996 establece: “...Resulta inadmisibile que el Juzgado hubiera resuelto sin hacer comparecer al detenido. Si existe una privación de libertad, no es lícito denegar la incoación de “Habeas Corpus”, ya que es de esencia a este proceso especial dirigido a resguardar la libertad personal que el juez compruebe personalmente la situación de la persona que pide el control judicial(...)el Juez si oyó al funcionario bajo cuya custodia se encontraba al extranjero(...)Esa comparecencia no contradictoria conlleva una desvirtuación del procedimiento de “habeas corpus”, cuya esencia consiste precisamente en “haber el cuerpo” de quien se encuentra detenido para ofrecerle una oportunidad de hacerse

⁷³³ La STC 66/1996, de 16 de abril, (RTC 1996, 66) contempla el supuesto de una ciudadana brasileña que es detenida, instando la incoación de un proceso de *Habeas Corpus* firmado por ella. Por conversación telefónica se averigua que la detenida estaba sometida a un procedimiento de expulsión del territorio por carencia de medios lícitos de vida. Sin más trámites que el informe del Fiscal, el Juez de Instrucción denegó la incoación del procedimiento de *Habeas Corpus* porque no concurrían los presupuestos legales enunciados en el artículo 4 de la LO 6/1984.

oír, y ofrecer sus alegaciones y sus pruebas". Esta doctrina ha sido ratificada posteriormente en STC 174/1999⁷³⁴ y STC 179/2000.

a) Supuestos de detención

De lo expuesto en los apartados anteriores se deduce que los supuestos en que el extranjero puede ser privado de libertad se derivan de la comisión de infracciones graves o muy graves, devolución o retorno por contravenir la prohibición de entrada o que pretendan entrar ilegalmente en territorio nacional, y salida obligatoria forzosa. Las situaciones serán distintas; y el privado de libertad puede encontrarse en dependencias policiales, o en dependencias de los puestos fronterizos al objeto de llevar a cabo el retorno, devolución o ejecución de la expulsión.

Respecto del detenido en dependencias policiales, por hallarse incurso en expediente de expulsión, el Juez deberá reclamar la presencia del detenido, incoando el procedimiento y llevándose a cabo la audiencia del mismo para que alegue lo que proceda respecto del derecho fundamental cuestionado.

Respecto al supuesto del extranjero privado de libertad que se encuentra en los puestos fronterizos, o zona de "rechazados" en los aeropuertos, existe una práctica administrativa reiterada en España (al

⁷³⁴ La STC 174/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999, 174), establece ,FJ 4.º: "*La situación jurídica de ejecución forzosa de una orden de devolución legitima un estado de compulsión en la zona de rechazados de un aeropuerto, pero no excluye por sí y a"limine litis" el procedimiento de "habeas corpus". Así lo hemos dicho en relación con las órdenes de devolución (STC 12/1994, FJ 6.º) como de las órdenes de expulsión (STC 21/1996, FJ 7.º). Basamos esta afirmación en la consideración del "habeas corpus" como garantía procesal aplicable a todos los supuestos de privación de libertad no acordada por el Juez . Ante una situación fáctica de compulsión o sujeción personal será función del Juez del "habeas corpus" comprobar si existe propiamente una orden de devolución o si, por no concurrir aquella resolución administrativa se trata de una situación de detención preventiva*".

igual que en otros países europeos), que infringía la aplicación del artículo 17 CE aplicada en las mal llamadas “zonas internacionales de puertos y aeropuertos”. La práctica antijurídica partía de la ficción de que en las zonas internacionales no se aplicaban los derechos constitucionales españoles, ni los Tratados internacionales en materia de derechos humanos. Incluso diversos Juzgados consideraban que los extranjeros allí retenidos no estaban detenidos, extremo aclarado por el Tribunal Constitucional⁷³⁵; en ese supuesto se considera la necesidad de que el órgano judicial que recibe la solicitud de *Habeas Corpus*, incoara el procedimiento y llevara a su presencia al privado de libertad. En la práctica diaria, ante la petición de *Habeas Corpus* por personas que se encuentren en los puestos fronterizos que estimen se encuentren privados de libertad de manera ilegal, por entender que no existe supuesto legal para ello, o por haber transcurrido un plazo superior al señalado por la ley, se interesa sea puesto a disposición judicial. Ante tal petición, y en cumplimiento de la ley, el funcionario o la autoridad gubernativa está obligada a poner la solicitud en conocimiento del Juez de Instrucción.

Fue el Tribunal Constitucional en Sentencia 174/1999⁷³⁶ quien declaró que los extranjeros que se encuentren en la zona de tránsitos (sala de rechazados) del aeropuerto bajo la autoridad policial, por más de 72 horas, debe ser considerada como privación de libertad, ya que, aunque el extranjero puede voluntariamente abandonar el país, modificar esta

⁷³⁵ El Tribunal Constitucional aclaró que no existen zonas intermedias entre detención y libertad, STC 98/1986, de 10 de julio, FJ 4.º (RTC 1986, 98).

⁷³⁶ La STC 174/1999, de 29 de septiembre (RTC 1999, 174) recoge el supuesto de un extranjero detenido, del que se interesó la orden de devolución, y a los tres días se le informó que debía abandonar de forma inmediata el territorio nacional, quedando en libertad y siendo trasladado a la zona de rechazados del aeropuerto más cercano, informándole que de no verificar el abandono se interesaría la ejecución de la orden, y un día después cuando la

situación, es, por tanto, una detención ilegal⁷³⁷. Entiende el Tribunal Constitucional que *“la situación de una persona en la sala de rechazados de un aeropuerto no es propiamente una detención, sino un impedimento de entrada en el territorio nacional, pero la situación de compulsión personal, de quien se encuentra en esa sala, puede ser calificable de detención preventiva y, por tanto, reconducible al ámbito de garantías del artículo 17.2 CE”*⁷³⁸.

Hay que distinguir entre la ejecución forzosa de una orden de devolución y la compulsión personal en la zona de rechazados del aeropuerto. La ejecución forzosa de una orden de devolución sólo puede tener lugar mediante la sujeción y conducción física del sujeto hasta su salida del territorio nacional. Esta ejecución forzosa debe practicarse sin dilación, pero no necesariamente con el límite máximo de setenta y dos

autoridad competente acordó la devolución a su país, con lo cual habían transcurrido más de 72 horas desde la detención sin que existiera resolución administrativa que habilitara tal situación.

⁷³⁷ En el mismo sentido STC 232/1999, de 13 de diciembre (RTC 1999, 232); STC 224/1999, de 13 de septiembre (RTC 1999, 224), y STC 147/2000, de 29 de mayo (RTC 2000, 147). Desgraciadamente el TC no ha aplicado la misma teoría en la STC 53/2002, de 27 de febrero (RTC 2002, 53) que declara inconstitucional la Ley de Asilo 9/1994.

⁷³⁸ STC 174/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999, 174) y STC 179/2000, de 26 de junio (RTC 2000, 179), que dice: *“...también es aplicable a los extranjeros custodiados por la policía en la zona de tránsitos de los aeropuertos, toda vez que la situación conlleva una limitación de su libertad ambulatoria que determina una privación de libertad (...) A pesar de que es una privación de libertad distinta a la detención preventiva, consistente en la ejecución de un acto administrativo que conlleva medidas de compulsión personal, no impide que se le apliquen las garantías del artículo 17 CE, incluido el “Habeas Corpus”, garantía específicamente aplicable en las detenciones impuestas en materia de extranjería, y, en concreto, en los casos en los que la detención o privación de libertad del solicitante tiene como objeto ejecutar una orden de expulsión del territorio nacional(...); con la interposición del “Habeas Corpus” no se pretende examinar la procedencia de la expulsión, sino la de la detención administrativa previa a la expulsión, al ser objeto del proceso controlar la legalidad material de la detención administrativa, viendo si está o no incluida en alguno de los casos en la ley permite privar de libertad a una persona(...) La valoración de si una situación de privación de libertad es o no ilegal no puede adoptarse en el trámite de admisión, ya que la esencia de un procedimiento de “Habeas Corpus” consiste en que el Juez compruebe personalmente la situación de la persona, previa comparecencia y audiencia del solicitante..., el rechazo de una incoación de un procedimiento de “Habeas Corpus” en la fase de admisión supone una vulneración del derecho fundamental a la libertad del artículo 17 CE”*.

horas. Así pues, si practicada una detención preventiva fuera dictada y notificada una orden de devolución, tendríamos por concluida la situación de detención preventiva e iniciada la de ejecución forzosa de una resolución administrativa de devolución. Pero si a la situación de compulsión personal en la zona de rechazados no procede una orden de expulsión o devolución, entonces la situación sólo puede calificarse de detención preventiva, aplicándose en consecuencia el límite máximo de setenta y dos horas contadas desde el inicio de la situación de privación de libertad.

La situación jurídica de ejecución forzosa de una orden de devolución o expulsión legitima un estado de compulsión en la zona de rechazados de un aeropuerto, pero no excluye por sí y a *límene litis* el procedimiento de *Habeas Corpus*. Ello se debe a la consideración de este proceso como garantía aplicable a todos los supuestos de privación de libertad; de manera que, ante una situación fáctica de compulsión o sujeción personal, será función del Juez comprobar si existe propiamente una orden de devolución o si se trata de una situación de detención preventiva.

b) Tramitación

Conocida la petición de *Habeas Corpus*, el Juez debe examinar la concurrencia de los requisitos para su tramitación, pudiendo inadmitir la misma por ser improcedente (artículo 6 LO 6/1984). En ese momento surge la cuestión de si es necesario traer a presencia judicial al solicitante antes de decidir la incoación del procedimiento o su denegación. Quizás debiera distinguirse entre el supuesto de devolución y retorno del

extranjero (artículos 58.2, b) y 60.1 LO 4/2000), del referido al incumplimiento voluntario de la salida obligatoria del territorio nacional. La distinción se hace necesaria si se considera que en el primer supuesto no existe privación de libertad, y si restricción de la misma, en el sentido de no poder penetrar en el territorio nacional o en su caso en el espacio común sin fronteras de la Unión Europea.

Ha de tenerse en cuenta la existencia de una orden actual de salida o expulsión del territorio nacional, por cuanto que el Tribunal Constitucional indica que una situación de detención preventiva como medida cautelar concluirá si existe la resolución administrativa actual, debidamente notificada, puesto que en ese momento comienza la situación de ejecución forzosa. En este sentido la STC 174/1999⁷³⁹ establece: “...si a la situación de compulsión personal en la zona de rechazados no procede una orden actual de expulsión o devolución, la situación será de detención preventiva, aplicándose en consecuencia, el límite máximo de 72 horas, desde el inicio de la privación de libertad”.

Una vez determinada la situación del solicitante de *Habeas Corpus* como detención, el Tribunal Constitucional ha venido a rechazar la posibilidad de que el órgano judicial decida sobre la incoación del procedimiento a la vista únicamente de la solicitud del detenido y las diligencias policiales practicadas⁷⁴⁰. Señala el citado Tribunal la diferencia entre el juicio de admisibilidad de la solicitud y el juicio de fondo sobre la licitud de la detención. La esencia del procedimiento es que “*siempre que la persona se encuentre efectivamente detenida, el juez comprobará*

⁷³⁹ La STC 174/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999, 174).

⁷⁴⁰ En ese sentido la STC 179/2000, de 26 de junio (RTC 2000, 179); STC 263/2000, de 30 de octubre (RTC 2000, 263); STC 287/2000, de 27 de noviembre (RTC 2000, 287) y STC

personalmente la situación de la persona que pide el control judicial, pronunciándose sobre la legalidad de la situación de privación de libertad una vez que el detenido ha sido llevado a su presencia y ha tenido oportunidad de oírle”.

El Tribunal Constitucional va más lejos, al señalar que *“tal proceder debe referirse a todas las privaciones de libertad no acordadas por el Juez, y específicamente aplicables a la detención impuesta en materia de extranjería, y en concreto en los casos, en los que la privación de libertad del solicitante tiene como objeto ejecutar una orden de expulsión del territorio nacional, en la que el Juez debe controlar la legalidad material de la detención administrativa, es decir que estuviere incluida o no dentro de alguno de los casos en que la ley permite privar de libertad a una persona”*⁷⁴¹. Por tanto, el juicio de fondo sobre la legalidad de la privación de libertad deberá realizarse previa comparecencia y audiencia del solicitante del *Habeas Corpus*.

Sobre tal garantía procesal la STC 232/1999⁷⁴² admite el “rechazo liminar” de la solicitud por incumplimiento de los requisitos formales que prevé el artículo 4 de la LO 6/1984 (falta de competencia, no situación de privación de libertad). Dicha sentencia indica como principal garantía procesal “la manifestación de la persona privada de libertad ante el Juez”, además de la posibilidad de realizar alegaciones y proponer los medios de prueba pertinentes para tratar de acreditarlas. De tal modo, en aplicación del artículo 6 de la LO 6/1984, el juez sólo resolverá la admisión o

288/2000, de 27 de noviembre (RTC 2000, 288), que recogen la doctrina establecida en sus sentencias 21/1996, 66/1996 y 86/1996.

⁷⁴¹ La STC 174/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999, 174) indica; “*el juez deberá comprobar si existe propiamente una orden de devolución o si por no concurrir aquella resolución administrativa se trata de una situación de detención preventiva*”.

⁷⁴² STC 232/1999, de 13 de diciembre (RTC 1999, 232).

denegación del procedimiento por carecer de los requisitos formales señalados y luego a través del artículo 8, resolver sobre la licitud o no de la privación de libertad.

IX. DURACIÓN DE LA DETENCIÓN

Uno de los caracteres de las medidas cautelares en el proceso penal es la provisionalidad, según hemos visto anteriormente. La detención, como medida cautelar adoptada en un proceso penal, también goza de esa provisionalidad, más acentuada que en otras medidas cautelares, pues va a tener una duración muy limitada en el tiempo.

La Constitución Española en su artículo 17.2 establece: “*La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de la averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto a disposición judicial o a disposición de la Autoridad Judicial*”.

La doctrina constitucional⁷⁴³ entiende que la detención preventiva está caracterizada, entre otras notas, por su limitación temporal, lo que implica que ha de estar inspirada por el criterio del lapso temporal más breve posible, como así lo corrobora lo dispuesto en el artículo 5.2 y 3 del Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y en el artículo 9.3 del Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, que exigen que el detenido sea conducido “sin

⁷⁴³ STC 224/1998, de 24 de noviembre, FJ 3º (RTC 1998, 224); STC 288/2000, de 27 de noviembre, FJ 3º, (RTC 2000, 288) y STC 224/2002, de 25 de noviembre, FJ 3º (RTC 2002, 224).

dilación” o “sin demora” ante la autoridad judicial⁷⁴⁴. El sometimiento de la detención a plazos persigue la finalidad de ofrecer una mayor seguridad de los afectados por la medida, evitando así que existan privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada.

Del precepto constitucional se deducen dos plazos de duración de la detención, uno relativo y otro máximo absoluto.

1º. Relativo, consistente en “*el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos*”. Este puede tener una determinación temporal variable en atención a las circunstancias del caso. Durante el periodo de detención preventiva debe llevarse a cabo necesariamente la información de derechos del detenido y cabe la posibilidad de que se le tome declaración.

2º. Absoluto. El plazo máximo absoluto presenta una limitación temporal de setenta y dos horas computadas desde el inicio de la detención que no tiene que coincidir necesariamente con el momento en el cual el afectado se encuentra en dependencias policiales.

En la hipótesis de que no coincidan ambos plazos, absoluto y relativo, tendrá preferencia aquel que resulte más beneficioso para el detenido. El plazo relativo se superpone, sin reemplazarlo, al plazo máximo absoluto⁷⁴⁵. Atendiendo a los plazos la vulneración del artículo 17.2 CE se puede producir, no sólo por rebasar el plazo máximo absoluto, es decir, cuando el detenido sigue bajo control de la autoridad gubernativa, una vez pasadas las setenta y dos horas, sino también cuando, no habiendo transcurrido ese plazo máximo absoluto, se traspasa el relativo, al no ser la detención ya necesaria por haberse realizado las averiguaciones tendentes

⁷⁴⁴ STC 23/2004, de 23 de febrero, FJ 4º (RTC 2004, 23).

⁷⁴⁵ STC 31/1996, de 27 de febrero, FJ 8 (RTC 1996, 31).

al esclarecimiento de los hechos y, sin embargo, no se procede a la liberación del detenido ni se le pone a disposición de la autoridad judicial⁷⁴⁶. Ello supone considerar ilegales todas las detenciones que excedan estos plazos, no sólo porque el precepto ordena de manera expresa que “no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario”, sino porque las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con las normas internacionales, que exigen, de un lado, la inmediata puesta a disposición de la autoridad judicial de la persona detenida, como prohíben, de otro lado, las detenciones arbitrarias.

Por otra parte, la Ley de Enjuiciamiento Criminal se refiere a la duración de la detención en los artículos 496, 520 y 520 bis. La regulación es contradictoria, al establecer el artículo 496 una duración de veinticuatro horas, como plazo máximo de la detención, y los artículos 520 y 520 bis, establecen un plazo máximo de setenta y dos horas. Los distintos plazos máximos que establecen las disposiciones de la LECRIM han creado dudas en la doctrina sobre si el artículo 496 se halla vigente o ha sido derogado tácitamente, y en el supuesto de afirmarse vigente, si existe ó no una antinomia entre ambos preceptos. Antes de plantear las diversas posturas doctrinales al respecto, nos vamos a referir a la evolución legislativa en la regulación de los plazos de la detención.

1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

El artículo 496.I LECRIM impone al particular, agente o autoridad la obligación de poner al detenido en libertad o entregarlo al Juez más

⁷⁴⁶ STC 23/2004, de 23 de febrero, FJ 2 (RTC 2004, 23).

próximo al lugar en que se hubiese practicado la detención, dentro de las veinticuatro horas siguientes a la misma. En su redacción originaria el plazo previsto en el citado artículo era ajustado a las disposiciones de la Constitución vigente en aquel momento histórico⁷⁴⁷. Ante esta igualdad de plazos en los textos constitucionales y procesales, se dictó el Fuero de los Españoles de 17 de julio de 1945, en cuyo artículo 18.2 se recoge un nuevo plazo máximo de detención gubernativa, de setenta y dos horas. Con ello se creó una contradicción entre la norma fundamental y la ley procesal, ya que en la primera se consideraba un plazo superior a la segunda⁷⁴⁸.

Aprobada la Constitución Española de 1978 se establece en el artículo 17.2 el plazo máximo de detención en las setenta y dos horas⁷⁴⁹. En el mismo la policía debe desarrollar las investigaciones tendentes al esclarecimiento de los delitos; dicho plazo debe limitarse al tiempo imprescindible para la práctica de las investigaciones y en cualquier caso debe finalizar en las setenta y dos siguientes a la detención del sujeto.

La Ley de Enjuiciamiento Criminal fue objeto de varias reformas después de aprobada la Constitución Española. La Ley Orgánica 14/1983, de 12 de diciembre, introduce una reforma en los arts. 520 y 527. En la redacción del primero de los citados se hace referencia al plazo máximo de la detención preventiva, fijándolo en setenta y dos horas, aunque también se remite a “*los plazos establecidos en la presente Ley*” (artículo 520.1.II LECRIM).

⁷⁴⁷ Tal plazo se concretaba en veinticuatro horas en las Constituciones de 1812 (artículo 30), de 1869 (artículo 3), de 1876 (artículo 4.2) y en la de 1931 (artículo 31).

⁷⁴⁸ También se preveía un plazo de setenta y dos horas en el artículo 12.2 de la Ley de Orden Público de 30 de julio de 1959. Dicha ley por muy excepcional que fuera, dada la continuidad del ordenamiento jurídico de un Estado, hay que entender que derogó tácitamente la norma contenida en el artículo 496 LECRIM, al ser posterior y contraria a ella.

⁷⁴⁹ Un estudio detallado sobre los debates parlamentarios en la redacción del artículo 17 CE, se encuentra en SALIDO VALLE, C., *La detención policial*, cit., págs. 131 a 139.

La Ley Orgánica 4/1988, de 25 de mayo, introduce el artículo 520 bis en la LECRIM, de aplicación a quienes se presuman pertenezcan a bandas armadas o sean elementos terroristas o rebeldes (artículo 571 y siguientes del actual CP). En el nuevo artículo se prevé un plazo de setenta y dos horas para la puesta a disposición de la autoridad judicial y la posibilidad de prorrogar dicho plazo hasta un límite máximo de otras cuarenta y ocho horas⁷⁵⁰.

La Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, reguladora del proceso penal abreviado, introduce modificaciones respecto a la intervención del Ministerio Fiscal, permitiendo al mismo la posibilidad de acordar la detención, debiendo observar el plazo de setenta y dos horas, dentro del cual deberá procederse a la liberación del detenido o a ponerlo a disposición judicial⁷⁵¹.

A pesar de las citadas modificaciones legislativas, en ningún caso se ha alterado la redacción del artículo 496 LECRIM, ni se ha pronunciado el legislador sobre su vigencia o ámbito de aplicación⁷⁵².

Por otra parte, en otras leyes, más recientes, se recoge el plazo de setenta horas, como máximo para la detención. Así la LO 4/2000, de Extranjería, establece en su artículo 61.1: “*En cualquier otro supuesto de*

⁷⁵⁰ El artículo 520. bis 1, supone una extralimitación de los parámetros constitucionales al permitir la prolongación de la detención por un límite máximo de cuarenta y ocho horas, siempre que se trate de detención de sujetos pertenecientes a bandas armadas o elementos terroristas o rebeldes (LO 4/1988, de 25 de mayo), que se ampara constitucionalmente en el artículo 55. 2 CE. Supuesto también extraordinario es el que se establece en los artículos 16 y 32 de la LO 4/1981, de 1 de junio, sobre estados de alarma, excepción y sitio, que autorizan detenciones de hasta diez días de aquellas personas sobre las que existan sospechas fundadas de que van a alterar el orden público, Ley Orgánica que se ampara en el artículo 55.1 CE.

⁷⁵¹ En ese sentido se expresa la Circular número 1/1989, de 8 de marzo de la Fiscalía General del Estado en relación con el plazo de la detención acordada por el Fiscal.

⁷⁵² Como apunta PORRES ORTIZ DE URBINA, E.,(*Medidas cautelares en el orden penal*, cit., pág. 135), “*no deja de ser chocante y una muestra de la desidia del Legislador que una norma de tanta importancia y que debiera ser sumamente clara para evitar dudas de interpretación contenga tantas deficiencias*”.

detención, la puesta a disposición judicial se producirán en un plazo no superior a setenta y dos horas". Y en la Ley 3/2003, sobre la orden europea de detención y entrega, su artículo 13.2 dispone un plazo máximo de detención policial de 72 horas dentro del cual la persona detenida tiene que ser conducida a presencia judicial. Tanto en una ley como en otra, el plazo máximo se ha adaptado al previsto constitucionalmente en el artículo 17.2.

2. POSICIONES DOCTRINALES

Existen pluralidad de interpretaciones sobre los límites temporales de la detención. Podemos agrupar las posiciones de la doctrina en tres grandes grupos⁷⁵³: De un lado, las posiciones que afirman la concurrencia y compatibilidad de todos los plazos; de otro, las posiciones que sostienen la existencia de los dos únicos plazos del artículo 17.2 CE; y finalmente la posición que restringe la vigencia del plazo del artículo 496 a la detención practicada por particulares. Vamos a examinar dichas posiciones.

A) Posiciones que afirman la concurrencia y compatibilidad de los plazos

Esta postura es defendida, entre otros, por GIMENO SENDRA⁷⁵⁴, que entiende que no existe antinomia entre los plazos previstos en el artículo

⁷⁵³ En ese sentido lo expone MORENO CATENA, V., *El proceso penal. Tomo II*. Pág. 1615 y ss.

⁷⁵⁴ GIMENO SENDRA, V., *Lecciones de Derecho Procesal Penal* (con MORENO CATENA, y CORTÉS DOMÍNGUEZ), Madrid, 2003, pág. 274. También por RODRÍGUEZ RAMOS, L., "*Libertad, detención y prisión provisional*", en Estudios de la Dirección General de Servicios Jurídicos del Estado. Madrid, 1992, pág. 409; y DE HOYOS SANCHO, M., *La detención por delito*, cit., pág. 191.

17.2 CE y artículo 520.1.2º LECRIM, de setenta y dos horas, y el previsto en el artículo 496 LECRIM, que lo fija en veinticuatro horas, por varios motivos:

a) No se aprecia contradicción entre ambos plazos si se piensa que la función del plazo constitucional no es otra que la de establecer un límite cuantitativo máximo y vinculante para el poder Legislativo, debiéndose impedir que el legislador legisle por encima o por debajo de dicho plazo. No cabe estimar abrogado el plazo de veinticuatro horas previsto en el artículo 496 LECRIM, pues ello exige una incompatibilidad absoluta, lo que sucede en el presente caso.

b) El artículo 520.1.2º LECRIM viene a reconocer el plazo de veinticuatro horas, al disponer que “*dentro de los plazos establecidos en la presente ley*”, de entre los que se encuentra el artículo 496 que contempla la detención policial.

c) El artículo 520.1.2º LECRIM es una reproducción del artículo 17.2 CE, lo cual es una técnica usual y lícita que deja abierta todas las posibilidades de interpretación, y dicha misión de interpretación corresponde siempre, en última instancia, al Tribunal Constitucional, no al poder Legislativo.

Con parecidos argumentos es defendida esta tesis por FRAGOSO BRAVO⁷⁵⁵, que estima que, después de la redacción dada al artículo 520 LECRIM por la LO 14/1983, se puede sostener la revitalización de las normas contenidas en el artículo 496 LECRIM, porque al referirse aquél a los plazos establecidos en esta Ley, y como quiera que no ha existido nunca una derogación expresa del referido artículo 496, es posible

⁷⁵⁵ FRAGOSO BRAVO, J.M., *Plazo de detención*. Actualidad Jurídica Aranzadi num. 511, de 6 de diciembre de 2001, pág. 12.

entender que dicha remisión a los plazos de esta ley se está refiriendo a los contenidos en el artículo 496, revitalizando dicho precepto, y dándole una nueva vigencia. Así, la detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y como máximo el plazo de 24 horas. Transcurridos dichos plazos el agente deberá poner al detenido a disposición judicial o en libertad. Si no se hace así, y se excediere en dichos plazos, la detención sería antijurídica e ilegal, por lo que el detenido podrá plantear *Habeas Corpus*.

B) Posiciones que sostienen la existencia de los dos únicos plazos del artículo 17.2 CE

La correcta interpretación constitucional del artículo 17.2 impide al legislador establecer otro plazo distinto de los dos que el precepto constitucional prevé, ni siquiera un plazo inferior, como el de veinticuatro horas previsto en el artículo 496 LECRIM, por lo que la disposición contenida en este precepto no se debe considerar vigente tras la promulgación de la CE⁷⁵⁶.

La detención preventiva ha de durar el tiempo mínimo indispensable, como regla de carácter general. Durante ese plazo la Policía debe realizar gestiones para instruir el atestado, cumplimentando los mandatos constitucionales y legales de investigación de delitos y faltas, debiendo poner a disposición del Juez más próximo al detenido dentro de dicho plazo, no teniendo que agotar el plazo máximo previsto por ley, de

⁷⁵⁶ En ese sentido MORENO CATENA, V., *El proceso penal. Tomo II*, pág. 1616. También BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III. El proceso penal*. Valencia. 2004, pág.472, que

setenta y dos horas, salvo en los casos de prórroga previstos en el artículo 520 bis LECRIM.

En este mismo sentido, GALVEZ MONTES⁷⁵⁷ entiende que la Constitución establece un doble criterio para delimitar la detención preventiva: *“según un criterio cualitativo la detención sólo podrá comprender el tiempo estrictamente necesario para realizar las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos. La privación de libertad se vincula a las exigencias de la investigación, adoptando una variable temporal en función de las circunstancias que concurran en los hechos. Según el criterio cuantitativo el límite máximo de la detención no podrá exceder de setenta y dos horas. La Constitución Española establece como norma general que la detención podrá durar el tiempo estrictamente necesario para realizar las pertinentes investigaciones, sin remitirse a la ley ni prever otra excepción que la ordenada en el mismo precepto. No cabe que una ley orgánica u ordinaria reduzca para determinados supuestos el límite cuantitativo de las setenta y dos horas, ya que tal reducción implicará nuevas excepciones, no autorizadas, a la norma que consagra el artículo 17.2 CE”*.

Esta posición viene corroborada por la doctrina del Tribunal Constitucional. Para dicho Tribunal el plazo de veinticuatro horas no ha sido tenido en cuenta cuando se ha pronunciado sobre los límites

entiende que el tenor literal de *“...y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas”*, podría apoyar la derogación del plazo de veinticuatro horas.

⁷⁵⁷ GÁLVEZ MONTES, J., *Seguridad personal. Comentario al art.17 CE. Comentarios a la leyes políticas* (dirigido por ALZAGA, O.). Tomo II, pág. 368 y 369. También PORRES ORTÍZ DE URBINA, E., (*Medidas cautelares en el orden penal*, cit., pág. 136) considera que la Constitución ha derogado el artículo 496 al establecer un plazo superior, derogación que se ha visto confirmada por preceptos posteriores como el actual artículo 520 LECRIM que reconoce expresamente el plazo de 72 horas, vigencia de universal aceptación en la practica judicial.

temporales de la detención, refiriéndose únicamente a los dos plazos establecidos por el artículo 520.1.2º LECRIM⁷⁵⁸.

También la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha entendido que el plazo de veinticuatro horas establecido en el artículo 496 LECRIM era el plazo límite fijado por la Constitución de 1876 y ha sido sustituido por el de setenta y dos horas del artículo 17.2 CE⁷⁵⁹.

C) Posición que restringe la vigencia del plazo del artículo 496 a la detención practicada por particulares

Mantenida esta posición por GÁLVEZ MONTES⁷⁶⁰, que afirma la vigencia del plazo de veinticuatro horas del artículo 496 LECRIM para la detención practicada por los particulares, al entender que la Constitución vincula el plazo de la detención a la práctica de averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, no deben considerarse modificados los plazos establecidos en el artículo 496 LECRIM para la entrega de quien

⁷⁵⁸ La STC 31/1996, de 27 de febrero (RTC 1996, 31), que se refiere a una detención que duró más de veinticuatro horas reprocha la vulneración del plazo primario de la detención cifrado en el tiempo imprescindible, pero no el haber superado las veinticuatro horas. En STC 107/1985, de 7 de octubre, (RTC 1985, 107), mantiene que por detenido se debe entender a *“quien haya sido privado provisionalmente de su libertad por razón de la presunta comisión de un ilícito penal y para su puesta a disposición de la autoridad judicial en el plazo máximo de setenta y dos horas, de no haber cesado antes la detención misma”*. La STC 199/1987, de 16 de diciembre, (RTC 1987, 199) dispone que *“el plazo máximo de la detención preventiva es de setenta y dos horas, transcurridas las cuales el detenido ha de ser puesto en libertad o pasar a disposición judicial, convirtiéndose la detención gubernativa en detención judicial”*, reconociendo que dicho plazo *“es superior al establecido en otros ordenamientos próximos”*.

⁷⁵⁹ Entre otras STS de 11 de octubre de 1988 (RJA 8317); STS 19 de febrero de 1993 (Colex Data 93P109); STS de 8 de febrero de 1994 (RJA núm.677). Incluso el argumento consistente en afirmar que el plazo previsto en el artículo 496 LECRIM coincide plenamente con el establecido en el artículo 295 LECRIM, que ordena a la Policía Judicial dar cuenta al Juez de su actuación en veinticuatro horas, ha sido rechazado por la jurisprudencia del TS sobre la base de afirmar que dicho plazo comienza a contarse no desde el momento de la detención, sino desde el de la conclusión de la actividad investigadora autónoma de la Policía Judicial (STS de 2 de noviembre 1993- RJA 8390).

⁷⁶⁰ GÁLVEZ MONTES, J. *Seguridad personal...*, cit., pág.369.

hubiera sido detenido por un particular, ya que los particulares no están facultados para realizar las averiguaciones previstas en el artículo 17.2 CE, ni el funcionario encargado de la mera custodia del detenido tiene que practicar aquellas diligencias⁷⁶¹. En el mismo sentido, SALIDO VALLE⁷⁶² opina que el plazo del artículo 496 sólo se ha de entender aplicable a las detenciones practicadas por los particulares, los cuales, obviamente, deben limitarse a entregar el detenido a la policía, o al Juez, a la mayor brevedad.

En todo caso, y como conclusión, los plazos del artículo 17.2 CE son aplicables no sólo a la detención preventiva, sino a cualquier detención⁷⁶³.

3. PRÓRROGA DE LA DETENCIÓN

En el caso de delitos cometidos por personas pertenecientes a bandas armadas o de individuos terroristas o rebeldes la detención podrá prorrogarse hasta un límite máximo de otras 48 horas siempre que se solicite la prórroga dentro de las primeras 48 horas y sea acordada en las 24 horas siguientes, siendo, en suma, posible una detención policial de 5

⁷⁶¹ Esta posición es criticada por MORENO CATENA, V. (*El proceso penal. Tomo II. Cit.*, pág. 1621), que opina que los particulares deberán entregar al detenido al Juez, Fiscal o Policía Judicial de manera inmediata, al carecer éstos de potestades para la investigación; de otra manera la norma sería atribuir a los particulares la facultad de privar de libertad, sin utilidad ni razón alguna hasta las veinticuatro horas al menos; por lo tanto no tiene sentido que se otorgue dicho plazo a los particulares, sino que éstos deberán entregar al detenido inmediatamente.

⁷⁶² SALIDO VALLE, C. *La detención policial*, cit., pág. 144.

⁷⁶³ La STC 31/1996, de 27 de febrero (RTC 1996, 31), establece: "...*Que la detención enjuiciada no hubiera sido dispuesta para realizar averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, es indiferente. El artículo 17.2 CE expresa un principio de limitación temporal de toda privación de libertad que no puede dejar de inspirar la regulación de cualesquiera casos de pérdida de libertad que, diferentes al típico de la detención preventiva, pueden ser dispuestos por el legislador*".

días como máximo (artículo 520 bis 1 LECRIM). Tanto la autorización como la denegación deberán ser motivadas⁷⁶⁴.

También se podrá solicitar la incomunicación dentro de las 24 horas primeras de la detención, permaneciendo la incomunicación hasta que el Juez, en su caso, la deniegue (artículo 520 bis LECRIM).

X. FINALIZACIÓN DE LA DETENCIÓN

El artículo 17.2 CE establece que, transcurridos los límites temporales de la detención, “*el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial*”. La detención puede terminar de estas dos únicas formas, aunque el funcionario de policía que detenga también puede hacer entrega del detenido a otro superior jerárquico o al Ministerio Fiscal, estas entregas no implican la conclusión de la detención, sino su continuación.

1. LA LIBERTAD DEL DETENIDO

Una de las formas en que la detención puede finalizar es la puesta en libertad de quien se encuentra privado de ella. La puesta en libertad del detenido tiene lugar tanto cuando desaparecieren las causas que motivaron

⁷⁶⁴ JIMENO BULNES, M., (*La orden europea de detención y entrega: Aspectos procesales*, cit., pág. 4) se plantea la cuestión de cuál sería el plazo máximo de detención a la hora de ejecutar una orden de detención cuando se trate de persona integrada o relacionada con banda armada o elemento terrorista. Parece que, dado el carácter de norma especial prevista en el artículo 13.2 Ley 3/2003, puede operar el plazo de 72 horas como límite máximo en las detenciones policiales siempre que el mismo fuera necesario pero, en todo caso y por el mismo motivo, nunca sería de aplicación el plazo especial de los 5 días también contemplados en la legislación procesal penal española, ni siquiera en los supuestos de delito de terrorismo.

la detención, como cuando transcurran los plazos de la misma y no procede la puesta a disposición judicial.

Vamos a referirnos a los distintos supuestos que se pueden dar. En primer lugar, debe producirse la libertad cuando el hecho que se imputa a quien se encuentra detenido no reviste los caracteres de infracción penal, faltando uno de los presupuestos que deben concurrir en la detención, por inexistencia del *Fumus boni iuris*.

En segundo lugar, puede ocurrir que durante la investigación policial tras la detención, se desvanezcan las sospechas iniciales (artículo 492.4 LECRIM) o que deje de tener consistencia el presupuesto del *Periculum in mora* (artículo 492.3 LECRIM), porque queda garantizada la presencia ante la autoridad judicial del detenido. En ambos casos la puesta del detenido en libertad se ha de hacer sin ninguna dilación.

En tercer lugar, en el supuesto de detención por cometerse delito *in fraganti*, restablecida la situación de anormalidad creada por el delito y comprobado el domicilio y arraigo del detenido, considerando de aplicación el principio *favor libertatis*, procederá la puesta en libertad del detenido.

En cuarto lugar, cuando se haya privado de libertad al presunto autor de una falta, después de acreditado y comprobada la identidad del mismo y su domicilio, conforme al artículo 495 LECRIM, procede la inmediata puesta en libertad del detenido.

Finalmente, transcurridos los plazos legalmente establecidos, el detenido debe ser puesto en libertad siempre que no proceda su entrega a la autoridad judicial.

El deber de poner en libertad al detenido tiene su fundamento en el artículo 17.2 CE, y su incumplimiento tiene consecuencias en el ámbito

procesal y penal. En el procesal, la lesión de este derecho puede repararse a través del proceso de *Habeas Corpus*. Desde el punto de vista penal, el artículo 530 CP tipifica como delito de detención ilegal la prolongación indebida de la detención⁷⁶⁵.

2. LA PUESTA A DISPOSICIÓN JUDICIAL DEL DETENIDO

Es la segunda forma de terminación de la detención policial. La puesta a disposición judicial supone normalmente la presentación o entrega material de la persona detenida al órgano judicial y la aportación simultánea de las diligencias policiales y de los efectos e instrumentos intervenidos⁷⁶⁶.

Ambos términos, “puesta a disposición” y “entrega” son utilizados por la legislación vigente. Así, el artículo 17.2 CE y el artículo 520.1 LECRIM señalan que el detenido será “puesto a disposición” de la Autoridad Judicial. En cuanto a la “entrega”, el artículo 496 LECRIM ordena la entrega dentro de las veinticuatro horas siguientes al acto de la detención. Podemos entender la “puesta a disposición” como el acto mediante el cual, finalizadas las diligencias policiales, se comunica a la autoridad judicial tal hecho y queda el detenido sometido a la decisión de ella y pendiente de su traslado ante la misma, lo que no conlleva la entrega

⁷⁶⁵ El artículo 530 CP dispone: “La autoridad o funcionario público que, mediando causa por delito, acordare, practicar o prolongare cualquier privación de libertad de un detenido, preso o sentenciado, con violación de los plazos o demás garantías constitucionales o legales, será castigado con la pena de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de cuatro a ocho años”. Y el artículo 532 CP establece: “Si los hechos descritos en los dos artículos anteriores fueran cometidos por imprudencia grave, se castigarán con la pena de suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años”.

⁷⁶⁶ En este sentido, MORENO CATENA, V., *El proceso penal*. Tomo II. cit., pág. 1624; y DE LLERA SÚAREZ-BARCENA, E., *Derecho Procesal Penal*, cit., pág. 297.

material del detenido en la sede judicial⁷⁶⁷. La entrega efectiva de la persona detenida al juez no es todo caso indispensable. La persona detenida debe entregarse al juez materialmente en los casos en que sea posible, pero cuando por cualquier circunstancia no lo fuere, la puesta a disposición judicial queda cumplida con la transferencia a la autoridad judicial del control sobre la libertad del detenido⁷⁶⁸.

Otra cuestión es determinar qué Juez es el competente para la puesta a disposición. Atendiendo al artículo 496 LECRIM establece el precepto que la entrega deberá hacerse “*al Juez más próximo al lugar en que se hubiere hecho la detención*”, con independencia de que resultara o no competente para conocer del proceso. Podemos distinguir según la detención tuviese carácter precautelar, cautelar o si se tratase de una medida de ejecución⁷⁶⁹.

Si la detención tuviese carácter precautelar (artículos 490.1 y 2 y 492.4), el Juez de Instrucción practicará las primeras diligencias y elevará la detención a prisión o decretará la libertad del detenido, en el plazo de setenta y dos horas, a contar desde que el detenido le hubiese sido entregado. Si el juez fuese incompetente, hecho lo anterior, remitirá las diligencias y al detenido a quien lo sea.

Cuando la detención tenga carácter cautelar y se hubiere practicado durante la pendencia de un procedimiento, la ley distingue según se hiciese la entrega al propio Juez que conoce de la causa o a un Juez distinto. En el

⁷⁶⁷ En este sentido SALIDO VALLE, C., *La detención policial*, cit., pág. 121.

⁷⁶⁸ Un ejemplo frecuente de ello se da en los detenidos que se hallan ingresados en un Hospital por estar lesionados o enfermos, y a quienes su estado de salud no aconseja trasladar a la sede del Juzgado, debiendo en este supuesto trasladarse el Juez al centro hospitalario o disponer sobre su situación personal y comunicarla al mismo y a las Fuerzas de Seguridad que le custodian.

⁷⁶⁹ Así opina ARAGONESES MARTÍNEZ, S. *Derecho Procesal Penal*, coord. DE LA OLIVA, A., cit., pág. 408.

primer caso, el Juez elevará la detención a prisión, o la dejará sin efecto, en el término de setenta y dos horas. En el segundo, el Juez extenderá una diligencia expresiva de la persona que haya hecho la detención y demás circunstancias del detenido y remitirá la persona del detenido al órgano jurisdiccional que conociere de la causa (artículo 498 LECRIM).

Cuando la detención fuera una medida de ejecución (Artículo 490.3, 4 y 5 LECRIM), el Juez a quien se entregue o que haya acordado la detención, dispondrá que sea remitido de inmediato al establecimiento o lugar donde debiere cumplir la condena (artículo 500 LECRIM)⁷⁷⁰, con lo que parece disponerse que la Policía Judicial habrá de entregar el detenido al Juez y éste será quien acordase el ingreso en el centro Penitenciario. Sin embargo, tras la promulgación del nuevo Reglamento Penitenciario⁷⁷¹, queda expresamente autorizada la Policía Judicial para ingresar al sujeto que hubiere detenido en virtud de los mencionados supuestos. Por lo tanto la Policía Judicial estará habilitada para entregar al fugado del establecimiento de cumplimiento a la autoridad penitenciaria.

⁷⁷⁰ Dispone el artículo 500 LECRIM: “*Cuando el detenido lo sea por virtud de las causas 3ª, 4ª y 5ª y caso referente al condenado de la 7ª, del artículo 490, el Juez a quien se entregue o que haya acordado la detención, dispondrá que inmediatamente sea remitido al establecimiento o lugar donde debiera cumplir su condena*”

⁷⁷¹ Aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero. En su artículo 15 dispone: “...2. *En el supuesto de que la orden de detención proceda de la Policía Judicial, en la misma deberán constar expresamente los siguientes extremos: Datos identificativos del detenido, delito imputado, que se halla a disposición judicial; hora y día de vencimiento del plazo máximo de detención. La Dirección del centro podrá denegar motivadamente el ingreso cuando en la orden de detención que se entregue no consten expresamente los citados extremos...*”.

XI. LA DETENCIÓN DE EXTRANJEROS MENORES DE EDAD

Dentro del Derecho de Extranjería presenta una especial complejidad el tratamiento jurídico de los menores inmigrantes extranjeros no acompañados.

La característica jurídica del menor extranjero viene definida por un doble aspecto negativo: ser menor, esto es, toda persona que aún no ha alcanzado la mayoría de edad (artículo 315 CC); y extranjero, todo aquél que carece de la nacionalidad española (artículo 1.1 LO 4/2000). El régimen jurídico del menor extranjero viene afectado por dos tipos de normas. Por una parte la normativa propia del régimen de extranjería, que impone determinadas restricciones a los derechos y libertades que puedan gozar los extranjeros que se encuentren en nuestro territorio, en comparación con los que disfrutaban los nacionales. De otra parte, la normativa que incumbe a la protección jurídica del menor, más tuitiva con los intereses de éste, que hace primar el interés superior del mismo, sin reparar en criterios de nacionalidad o procedencia⁷⁷².

En la actual legislación sobre extranjería no existe ningún precepto que declare la irresponsabilidad o inimputabilidad administrativa de los extranjeros menores de edad. Así, el artículo 51.1 LO 4/2000 cuando establece que *“incurrirán en responsabilidad administrativa quienes sean autores o participen en cualquiera de las infracciones tipificadas en los artículos siguientes”*, no distingue entre mayores y menores de edad, y resulta obvio que un menor de edad puede encontrarse irregularmente en

⁷⁷² CARRIÓ SAMPEDRO, A., *La actitud de la Fiscalía General del Estado ante la protección jurídica del menor extranjero. Consideración crítica de la Instrucción 3/2003*, La Ley, nº 6003, de 23 de abril 2004, pág. 2. También interesa: ESTEBAN DE LA ROSA, G., *Inmigrantes menores de edad y su situación jurídica en España: algunas cuestiones controvertidas*, La Ley, nº 5714.

territorio español (artículo 53, a) LO 4/2000) o haber sido condenado por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior al año (artículo 57.2 LO 4/2000). De ello, se deduce que la edad del extranjero no tiene demasiado influencia sobre la Legislación de extranjería, salvo la referencia en determinados aspectos (artículos 35 y 62.3 LO 4/2000) que comentaremos más adelante.

Si que tiene un régimen jurídico distinto el extranjero menor de edad en situación de desamparo. La apreciación jurídica de la situación de desamparo es un elemento crucial en el tratamiento de los poderes públicos frente a la inmigración ilegal de los menores de edad no acompañados. Vamos a tratar en primer lugar la situación jurídica por la que se declara el desamparo de un menor de edad.

1. LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO

Define el artículo 172.1.2 CC la situación de desamparo como aquella que *“se produce de hecho a causa del incumplimiento, o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”*⁷⁷³. En este caso los menores quedan de hecho privados de la necesaria asistencia moral y material por el incumplimiento o el imposible o inadecuado ejercicio de la patria potestad. La gravedad de los hechos aconseja la extracción del menor de su núcleo familiar, con asunción de la tutela por la entidad pública y acogimiento del menor.

⁷⁷³ La situación de desamparo, en sentido gramatical, equivale a abandono o carencia de amparo o protección. Se trata de una situación de hecho a la que el Derecho anuda importantes

Podemos plantearnos cuáles deben ser los requisitos mínimos para considerar que existe una situación de desamparo y poder declarar la misma. La situación de desamparo se fija por dos circunstancias: Debe de existir un incumplimiento o imposibilidad de cumplimiento de los deberes de protección por parte de las personas obligadas; y por otro lado se requiere un elemento objetivo, que se produzca la privación de la necesaria asistencia moral y material.

La falta de personas a quien corresponde ejercitar las labores de protección, la imposibilidad de ejercerlas o su inadecuado ejercicio sólo constituye la premisa inicial, que sólo provoca el desamparo si al menor le faltan los elementos básicos para el desarrollo de su personalidad, que es el equivalente a la legal asistencia moral y material⁷⁷⁴. Tal como indica la Circular 3/2001, de la Fiscalía General del Estado, con respecto a los menores extranjeros: *“No es preciso que la entidad pública haya dictado formalmente la resolución en que aprecia el desamparo y asume la tutela..., ésta se produce en realidad “ope legis”, de manera automática, tan pronto como se constata el desamparo”*. El desamparo existe, se haya declarado o no el mismo, cuando se den los presupuestos objetivos y subjetivos. Por el contrario, la Instrucción 3/2003, de la Fiscalía General del Estado, cambia el criterio, exigiendo para considerar la existencia de desamparo, la resolución administrativa que así lo declare. Actualmente, este criterio ha sido declarado sin efecto por la Instrucción núm. 6/2004, de

consecuencias como la suspensión provisional de la patria potestad o tutela ordinaria (artículo 172.1 CC).

⁷⁷⁴ En ese sentido, FÁBREGA RUIZ, C., *Retorno de inmigrantes y...*, cit., pág. 5.

la Fiscalía General del Estado, volviendo al criterio anterior establecido por la Circular 3/2001, antes descrito.⁷⁷⁵

Las normativas autonómicas regulan los supuestos que son expresivos de una situación de desamparo, incluyendo un catálogo más o menos cerrado que recoge los casos más frecuentes⁷⁷⁶. Pero la apreciación indiciaria de alguna situación de hecho no da lugar a una automática declaración de desamparo, sólo determina la intervención inmediata de las autoridades y organismos públicos de protección, que tras incoar el expediente administrativo, adoptarán las medidas cautelares que consideren precisas para atender al menor en cada caso concreto (artículo 14 LO 1/1996 y artículo 35 LO 4/2000). La declaración jurídica de desamparo se formaliza mediante una resolución administrativa que resuelve un procedimiento administrativo⁷⁷⁷, en el que el Ministerio Fiscal ejerce un control de legalidad, y cuya resolución puede ser impugnada

⁷⁷⁵ Según publica el Diario El País, de 20 de febrero de 2005, las Comunidades Autónomas tienen bajo su tutela a más de 25000 menores que viven en centros de protección o con familias de acogida, según los datos de finales de 2003. Esos menores viven apartados de sus padres tras ser declarados en desamparo por los departamentos autonómicos encargados de velar por la protección de la infancia.

⁷⁷⁶ Entre las leyes autonómicas que desarrollan la protección de los menores en las distintas Comunidades Autónomas están: Ley 1/1998, de la Comunidad Autónoma de Andalucía; Ley 1/1997, de la Comunidad Autónoma de Canarias; Ley 3/1997, de la Comunidad Autónoma Gallega; Ley 4/1994, de la Comunidad Autónoma de Extremadura; Ley 4/1998 de la Comunidad Autónoma de La Rioja; Ley 7/1999, de la Comunidad Autónoma de Cantabria; Ley 2/1997, de la Generalitat de Cataluña; Ley 3/1995 de la Comunidad Autónoma de Murcia, Ley 1/1995 del Principado de Asturias, Ley 6/1995 de la Comunidad de Madrid, y Ley 12/2001 de Aragón. Otras leyes autonómicas de protección de menores de las Comunidades de Comunidad Valenciana, Madrid y Castilla-León, reproducen en sus propios términos el artículo 172.2 CC.

⁷⁷⁷ La LO 1/1996, de Protección Jurídica del menor no establece los trámites procedimentales que han de seguirse para llegar a la declaración administrativa de desamparo, ello no quiere decir que no se deba tramitar procedimiento administrativo. En esta materia las Comunidades Autónomas se reservan la regulación en su normativa autonómica. Sobre los trámites procedimentales, en líneas generales, en los expedientes administrativos de desamparo, interesa ver: LÓPEZ LÓPEZ, A.M., *Expulsión, retorno y devolución de extranjeros menores de edad*, Diario La Ley, núm. 6121, de 5 de noviembre de 2004.

judicialmente⁷⁷⁸. Es un acto jurídico complejo con importantes consecuencias jurídicas, entre las que nos interesa, a efectos de extranjería, la regularización de la residencia en España de los menores extranjeros tutelados en centros públicos de protección. En este ámbito recae la atención inmediata que los servicios públicos de protección dispensan a los menores extranjeros no acompañados que, en cumplimiento de los artículos 35 y 62.3 LO 4/2000, sean puestos a disposición por los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado. Tanto el artículo 35 de la LO 4/2000 como el artículo 92 del Reglamento de ejecución establecen los mecanismos para evitar la declaración automática de desamparo⁷⁷⁹

Los extranjeros menores de edad en situación de desamparo que se hallen bajo la tutela de las autoridades españolas sólo puede ser objeto de repatriación, así lo dispone el artículo 92.4 del Reglamento de ejecución: *“La Administración General del Estado, conforme al principio de reagrupación familiar del menor, después de haber oído al menor, y previo informe de los Servicios de Protección de Menores, resolverán lo que proceda sobre la repatriación a su país de origen, o a aquel donde se encontrasen sus familiares, o, en su defecto, sobre su permanencia en España. De acuerdo con el principio del interés superior del menor, la repatriación a su país de origen solamente se acordará si se dieran las condiciones para la efectiva reagrupación familiar del menor, o para la adecuada tutela por parte de los servicios de protección de menores del país de origen.*

⁷⁷⁸ La tramitación judicial se resuelve por los trámites del juicio verbal (artículo 780 LEC) ante el Juzgado de Primera Instancia del domicilio de la entidad protectora (artículo 779 LEC). Las dudas sobre la competencia judicial o administrativa para conocer de esta clase de procedimientos fueron resueltas por la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor.

El procedimiento se iniciará de oficio por la Administración General del Estado o, en su caso, a propuesta de la entidad pública que ejerce la tutela del menor facilitará a la autoridad gubernativa cualquier información que conozca relativa a la identidad del menor, su familia, su país o su domicilio, y pondrá en su conocimiento las gestiones que haya podido realizar para localizar a la familia del menor.

La autoridad gubernativa pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal todas las actuaciones llevadas a cabo en este procedimiento.

La Administración General del Estado, competente para llevar a cabo los trámites relativos a la repatriación desde España de un menor extranjero en situación de desamparo, actuará a través de las Delegaciones y Subdelegaciones del Gobierno, las cuales solicitarán de la Comisaría general de Extranjería y Documentación la realización de las gestiones necesarias ante las embajadas y consulados correspondientes, para localizar a los familiares de los menores o, en su defecto, los servicios de protección de menores de su país de origen que se hicieren responsables de ellos. Si no existiera representación diplomática en España, estas gestiones se canalizarán a través del Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (...)”.

Este artículo limita expresamente el ámbito subjetivo del procedimiento de repatriación, que no precisa la tramitación de un expediente contradictorio para los menores extranjeros sobre los que haya recaído una declaración administrativa de desamparo. Parece evidente que el interés superior del menor no cabe identificarlo con la permanencia a toda costa en España, sino con su retorno a la vida familiar, social y

⁷⁷⁹ De esta forma, el artículo 92.5 del Reglamento de ejecución establece: “Con esta disposición se evita el mantener al menor de forma indefinida en el limbo de la irregularidad

cultural que le es propia. Los menores, antes que conseguir unos padres perfectos o criarse en ambientes sociales y culturales avanzados, tienen derecho a sus propios padres y a educarse en los valores culturales de la sociedad que les vio nacer. Sólo en circunstancias verdaderamente excepcionales, como un menor solicitante de asilo, o procedente de una zona en conflicto armado, se podrá identificar el superior interés del menor con el desarraigo familiar, social y cultural que implica su permanencia en un país extraño⁷⁸⁰.

Respecto a la competencia del Juez para autorizar la repatriación del menor desamparado incurso en un procedimiento judicial, el artículo 92.4 del Reglamento de ejecución establece: *“En el caso de que el menor se encontrase incurso en un proceso judicial, la repatriación quedará condicionada a la autorización judicial. En todo caso deberán constar en el expediente la comunicación al Ministerio Fiscal”*. Conforme a lo dispuesto en el artículo 2.3 de la LO 5/2000, de Responsabilidad Penal del Menor, la autoridad judicial a que se refiere el precepto no puede ser otra que el titular del Juzgado de Menores del lugar donde se haya cometido el hecho delictivo.

2. EL EXTRANJERO MENOR DE EDAD EN LA LEY 4/2000: LA EXPULSIÓN, RETORNO Y DEVOLUCIÓN

En la LO 4/2000 el menor de edad es objeto de estudio al tratar el reagrupamiento familiar, si tiene menos de 18 años (artículo 17, b), y sobre todo en el artículo 35 LO 4/2000 y artículo 92 del Reglamento de

con la excusa de la reintegración familiar”.

ejecución, que considera regular la residencia del menor tutelado por la Administración Pública y se le otorga efectos a su residencia desde la fecha en que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios competentes de la protección de menores. No obstante, el artículo 35. 3 y 4 LO 4/2000 posibilita que la Administración decida entre retornar a su lugar de origen o no al menor, si se trata de una persona indocumentada⁷⁸¹.

Como hemos visto, la legislación de extranjería regula la entrada, estancia o residencia de los extranjeros, y los supuestos de salida forzosa del extranjero en situación de estancia ilegal, en sus tres modalidades de expulsión, retorno y devolución. En esa regulación la ley no contiene limitación alguna fundada en la minoría de edad del extranjero, por lo que, no puede considerarse ilegal la aplicación de estas medidas a los extranjeros menores de edad. La existencia de un procedimiento especial para reintegración familiar de los menores desamparados no significa que la expulsión, retorno o devolución de un extranjero menor de edad esté expresamente prohibida por nuestra legislación. De hecho, no existe ningún precepto legal que prohíba expresamente la expulsión, retorno o devolución de los extranjeros menores. En todo caso, la decisión sobre el retorno del menor a su país de origen o residencia de sus familiares o sobre su permanencia en España, corresponde a la Administración del Estado (artículo 35.3 LO 4/2000). Sin perjuicio de ello, deben informar

⁷⁸⁰ En ese sentido LÓPEZ LÓPEZ, A.M., *Expulsión, devolución y retorno de extranjeros menores de edad*, cit., pág. 6. También se desprende tal afirmación del artículo 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁷⁸¹ FÁBREGA RUIZ, C.F., *Protección jurídica del menor inmigrante*, Madrid, 2001, pág. 96; opina que la realidad práctica de la aplicación de las normas de extranjería deja mucho que desear: “*Es habitual, constituyendo un grave atentado a los derechos de los inmigrantes, que se use el mecanismo de la devolución, con menos garantías, cuando el que procede es el de la expulsión. Esto es más grave aún en el caso de los menores, ya que éstos no pueden ser expulsados y, por la vía de la devolución, las autoridades logran el mismo efecto sin que tener que cumplir y acreditar los requisitos que para el retorno del menor a su país exige la ley*”.

previamente los servicios de protección de menores. Examinamos a continuación más detenidamente cada supuesto.

A) La expulsión administrativa de menores extranjeros

El artículo 57 de la LO 4/2000 enumera las causas que permiten la expulsión del territorio nacional (núms. 1 y 2), así como sus excepciones (núms. 5 y 6) y entre ellas no se encuentra la minoría de edad del extranjero. Es más, el apartado 6 del artículo 57 LO 4/2000 sólo prohíbe la expulsión de los menores extranjeros incurso en causa legal, cuando en ellos concurren de forma simultánea las circunstancias siguientes: 1.º Que los progenitores que los tuvieran a su cargo se encontraran en alguno de los supuestos que impiden la expulsión a que se refiere el artículo 57.1; 2.º Que dichos menores hayan residido legalmente en España durante más de dos años.

Luego, una interpretación a *contrario sensu* pudiera llevar a pesar que procede la expulsión de los menores de edad no acompañados que residan ilegalmente en España, así como de los menores acompañados, cuya residencia legal fuera inferior a dos años⁷⁸². Además, si el extranjero menor de edad tiene capacidad jurídica y de obrar para ser sujeto activo de alguna de las infracciones sancionadas por la LO 4/2000 con la medida de expulsión, también la habrá de tener para ser objeto de un expediente administrativo seguido al efecto.

⁷⁸² FABREGA RUIZ, C., (*Retorno de los inmigrantes...*, cit., pág. 6), opina que ello no es posible. Si el menor no está acompañado en España, no debe ser expulsado si sus padres residen en forma legal en nuestro país, porque ello iría en contra del artículo 8 del CEDH, al establecer que el Estado velará porque no se separe al niño de sus padres contra la voluntad de éstos. Si el menor se encuentra desamparado por falta de referentes adultos sólo cabría la repatriación, de acuerdo con el artículo 35 LO 4/2000, que es distinto a la expulsión.

También la legislación de mayores prevé la expulsión como sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a seis años o medidas de seguridad impuestas a los extranjeros no residentes legalmente en España (artículos 89 y 108 CP). El Derecho especial de menores no contempla una norma jurídica de esta naturaleza, pero podría aplicarse de manera supletoria en los procesos penales de menores (disposición final 1ª de la LO 5/2000, de Responsabilidad Penal de los Menores). En todo caso, el superior interés del menor deberá ser tenido en cuenta por los Jueces de Menores a la hora de decidir la sustitución de la pena impuesta en la sentencia por la expulsión del territorio nacional.

B) El retorno o devolución de los menores extranjeros

El retorno de los extranjeros menores de edad a los que en frontera no se les permita la entrada (artículo 60 LO 4/2000), y la devolución a su país de origen de aquellos que pretendan entrar ilegalmente en nuestro país (artículo 58.2, b) LO 4/2000) no está expresamente prohibida en nuestra legislación.

Dado que el artículo 92 del Reglamento de ejecución permite la repatriación de los menores en situación de desamparo, la legislación de extranjería no puede quedar sin regular a los extranjeros menores de edad no desamparados, lo que supondría una irresponsabilidad administrativa del menor de edad, luego también a ellos se les ha de aplicar la Ley y el Reglamento de Extranjería.

A favor de la admisión del retorno y devolución de los menores postula la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 26 de junio de 1997, relativa a los menores no acompañados nacionales de países

terceros⁷⁸³, que establece: “*Conforme a su Legislación y práctica nacionales, los Estados miembros podrán denegar la admisión en frontera a los menores no acompañados, en particular cuando no posean los documentos y autorizaciones requeridos para ello*”, así como que “*los Estados miembros deberían adoptar las medidas adecuadas, conforme a su Legislación nacional, para impedir la entrada no autorizada de menores no acompañados*”. Asimismo “*los Estados miembros deben procurar cooperar entre sí y con los países terceros de procedencia para devolver al menor a su país de origen, sin poner en riesgo la seguridad del menor, con el fin de encontrar a las personas responsables del menor y de reunirlo con dichas personas*”.

En el supuesto de que los menores entren o se encuentren en España sin compañía adulta habrá que comprobar si se encuentra o no desamparado, para ello deberá seguirse el expediente establecido en el artículo 35 LO 4/2000. Esto supone que el menor sólo podrá ser retornado a su país si se sigue el principio de reintegración familiar o entregándolo a los servicios de protección de menores de su país de origen, y siempre que no exista riesgo o peligro para el menor o para sus familiares (artículo 92.4 del Reglamento de ejecución). Sólo en estas condiciones puede devolverse o retornarse al menor extranjero⁷⁸⁴

Respecto a la competencia funcional para intervenir en el marco de la legislación de extranjería, dado que los artículos 60.1, 62.1 de la LO 4/2000 y artículo 156 del Reglamento, se refieren expresamente al Juez de

⁷⁸³ Diario Oficial núm. C 221, de 19 de julio de 1997.

⁷⁸⁴ Distinto es el criterio establecido en la Instrucción 3/2003, que insta a los Fiscales a informar a favor del retorno, a no ser que se aprecie una palmaria situación de desamparo, lo cual es criticable porque en tanto corto plazo que tiene el retorno no se puede probar que el menor está en situación de desamparo y que debemos entender por “palmaria situación de desamparo”.

Instrucción, y la asunción de este tipo de atribuciones tampoco aparece contemplada en el artículo 97 LOPJ⁷⁸⁵, éste parece ser el órgano competente. Sin embargo, es el propio artículo 97 LOPJ el que permite conferir a los Jueces de Menores *“aquellas otras funciones que, en relación con los menores de edad, les atribuyan las leyes”*. Dentro de estas funciones pueden tener cabida todas aquellas que, directa o indirectamente, se derivan de la aplicación de la Legislación española de extranjería a los menores de edad.

En caso de optar por el retorno deberá apreciarse el principio de reagrupación familiar, admitiéndose en ese caso el internamiento del menor (artículo 62.3 LO 4/2000), por encontrarse internados sus padres o representantes, lo soliciten éstos y existan módulos que garanticen la intimidad familiar, aún cuando se establece que la competencia será del Juez de menores, previo informe del Fiscal, el Juez de Guardia será quien decida tales situaciones, cuando en los supuestos de retorno se le plantee el internamiento por no poder llevarse a cabo aquél en el plazo de 72 horas⁷⁸⁶.

⁷⁸⁵ El artículo 97 LOPJ establece: *“Corresponde a los Jueces de Menores el ejercicio de las funciones que establezcan las leyes para con los menores que hubieren incurrido en conductas tipificadas por la ley como delito o falta y aquellas otras que, en relación con los menores de edad, les atribuyan las leyes”*.

⁷⁸⁶ Interesa ver la Instrucción 3/2003, de 23 de octubre, del Fiscal General del Estado, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concurra la situación jurídica de desamparo. Lo que preocupa a la Fiscalía General, como se refleja en el planteamiento de la misma, es el tratamiento jurídico y asistencial que, hasta la fecha, se está dando en España a la avalancha de extranjeros menores de edad e indocumentados, que sin familia ni medios de vida, acceden ilegalmente a nuestro país. En el año 2002, los organismos públicos de protección acogieron a 6239 menores extranjeros no acompañados, un 56% más que el año pasado, con una tasa estimada anual de 1000 menores. La mayor parte de ellos proceden de Marruecos, concretamente 4738, lo que representa un 75% del total.

3. SUPUESTOS DE DETENCIÓN DE MENORES EXTRANJEROS

La detención cautelar del extranjero está prevista expresamente en los artículos 60 y 61 LO 4/2000 y en los artículos 140 (expulsión), 153 (centros de internamiento) y 156 (retorno) del Reglamento de ejecución, sin que tales textos distinguan entre mayores y menores de edad, o excluyan expresamente a éstos de su ámbito de aplicación. La detención del extranjero sólo se reputará legítima cuando esté destinada, como medida cautelar, a garantizar la efectividad del retorno, devolución o expulsión del ciudadano extranjero.

Admitiendo la posibilidad de la salida forzosa del extranjero menor de edad, debemos admitir la procedencia de medidas cautelares personales para asegurarla, como son la detención y el internamiento del menor, mientras se tramita el expediente de expulsión, o en tanto se ejecuta la orden de retorno o devolución⁷⁸⁷.

La detención cautelar de los menores de edad, establecida en el artículo 17 LO 5/2000, es más beneficiosa que la prevista para los mayores en la LECRIM, y, por lo tanto, consideramos aplicable aquél régimen a las privaciones cautelares de libertad de los menores extranjeros que vayan a ser expulsados del territorio, o devueltos o retornados a su país de origen.

⁷⁸⁷ No toda la doctrina admiten la procedencia de medidas cautelares personales sobre los menores extranjeros; así, apunta LÓPEZ LÓPEZ, A.M., (*Expulsión, retorno y devolución de extranjeros menores de edad*, cit., pág. 9) que opina que entrarían en confrontación directa con el tenor literal del artículo 62.3 LO 4/2000, según el cual “*los menores en los que concurran los supuestos previstos para el internamiento serán puestos a disposición de los servicios competentes de protección de menores*”. No cabe, pues, ingresarlos en un centro de internamiento de extranjeros, salvo que el Juez de Menores, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, así lo autorice cuando también lo estén sus padres o tutores, lo soliciten éstos y existan módulos que garanticen la intimidad familiar (artículo 62.3 LO 4/2000).

También se regula la detención cautelar en el artículo 3 del Reglamento de desarrollo de la LO 5/2000⁷⁸⁸.

Vamos a reseñar las consecuencias de extender la Ley de Responsabilidad Penal de los Menores al Derecho de Extranjería. Entre ellas, el plazo máximo de detención de los menores delincuentes es de cuarenta y ocho horas (artículo 17 LO 5/2000, y artículo 3.3 del Reglamento de la LO 5/2000), y éste debe ser el plazo máximo de la detención de los extranjeros menores que vayan a ser expulsados o retornados, antes de pasar a disposición del Ministerio Fiscal; el Fiscal de Menores, si lo considera procedente y dentro de las cuarenta y ocho horas de la detención se dirigirá al Juez de Menores para que éste autorice el internamiento (artículo 17.5 LO 5/2000 y artículos 60 y 62 LO 4/2000); las autoridades y funcionarios que intervengan en la detención de un menor de edad deben notificar inmediatamente el hecho de la detención y el lugar de la custodia al Ministerio Fiscal (artículo 17.1 LO 5/2000)⁷⁸⁹; y el internamiento se lleve a cabo en el centro de menores que designe la correspondiente Comunidad Autónoma (artículo 45 LO 5/2000).

Interesa destacar el artículo 35 de la LO 4/2000, tras la reforma por LO 8/2000, que ha supuesto para el Ministerio Fiscal la asunción de una nueva competencia como garante y protector de los derechos del menor. El actual artículo 35.1 dispone: *“Cuando los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, este hecho será puesto en conocimiento*

⁷⁸⁸ Aprobado por Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio.

⁷⁸⁹ El artículo 3.1 del Reglamento de ejecución de la LO 5/2000 establece el modo de llevar a cabo la detención del menor: *“...También deberán notificar inmediatamente el hecho de la detención y el lugar de la custodia a los representantes legales del menor y al Ministerio Fiscal. Si el menor detenido fuera extranjero, el hecho de la detención se notificará a las*

*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*⁷⁹⁰. Al respecto la Instrucción num. 2/2001 de la Fiscalía General del Estado incide en las dudas interpretativas que pueda suscitar este precepto, y en el mismo sentido se ratifica por la Instrucción núm. 6/2004⁷⁹¹

En primer lugar, hay que poner de relieve que este artículo no se refiere al supuesto de extranjeros indocumentados detenidos por la comisión de un delito. En este caso, lo procedente es ponerlos a disposición del Juez de Instrucción, que es el competente para ordenar las averiguaciones para determinar su edad (artículo 375 LECRIM y artículo 35 de la LO 5/2000). Será el Juez de Instrucción y no el Ministerio Fiscal a quien corresponda acreditar la edad de aquellos a quienes se impute la comisión de un delito, sean españoles o extranjeros, cuando existan dudas sobre la misma⁷⁹². Por lo tanto el artículo 35 de la LO 4/2000 se aplicará en

correspondientes autoridades consulares cuando el menor tuviera su residencia habitual fuera de España o cuando así lo solicitaren el propio menor o sus representantes legales".

⁷⁹⁰ En el mismo sentido el artículo 92.1 del Reglamento de ejecución (RD 2393/2004) establece: "1. En los supuestos en que las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado tengan conocimiento de, o localicen en España a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda ser establecida con seguridad, informará a los servicios de protección de menores para que, en su caso, le presten la atención inmediata que precise, de acuerdo con lo establecido en la legislación de protección jurídica del menor. Con carácter inmediato, se pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal, que dispondrá la determinación de su edad, para lo que colaborarán las instituciones sanitarias oportunas que, con carácter prioritario y urgente, realizarán las pruebas necesarias".

⁷⁹¹ La citada Instrucción núm. 6/2004, de 26 de noviembre de 2004, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados deja sin efecto la Instrucción 3/2003, sobre la procedencia del retorno de extranjeros, a la vista de las dudas que su interpretación genera, y por lo tanto se entienden vigentes los criterios sentados en la Circular 3/2001, de 21 de diciembre, relativa a la actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería, y la Instrucción 2/2001, de 28 de junio, acerca de la interpretación del artículo 35 de la LO 4/2000.

⁷⁹² El artículo 35 de la LO 5/2000 de Responsabilidad Penal del Menor establece que, cuando el hecho hubiese sido cometido conjuntamente por mayores de edad penal y por menores, "el Juez de Instrucción competente para el conocimiento de la causa, tan pronto

los casos en que los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad localicen a un extranjero indocumentado cuya minoría de edad no pueda determinarse con seguridad, y ello con la única finalidad de que no pueda incoarse en ningún caso un expediente sancionador, por cualquiera de los motivos previstos en la legislación de extranjería y en particular aquéllos que pueden dar lugar a la sanción de expulsión o la medida cautelar de internamiento contra alguien, respecto del cual no se haya establecido previamente que es mayor de edad, así como, en caso contrario, de establecerse su minoría de edad, poder proporcionarle las medidas de protección y asistencia prevista en nuestra legislación⁷⁹³.

En segundo lugar, se plantea la Instrucción citada que la conducción del menor al centro sanitario y la permanencia en el mismo en tanto no se haya determinado su edad es una situación de privación de libertad, análoga a la contemplada en el artículo 20.2 de la LO 1/1992, de Protección de la Seguridad Ciudadana. Son aplicables por tanto a esta situación las garantías constitucionales del artículo 17 CE; en concreto, el menor indocumentado deberá ser informado de forma inmediata y de modo que le sea comprensible de las razones de su situación de privación de libertad y de sus derechos. No será necesario, sin embargo, la asistencia de abogado, pese a tratarse de una diligencia policial, ya que tal asistencia sólo es obligada en los términos establecidos en las leyes, y el artículo 520.2,c) LECRIM limita esta garantía a las diligencias de declaración y los reconocimientos de identidad de que vaya a ser objeto el detenido⁷⁹⁴.

como compruebe la edad de los imputados, adoptará las medidas necesarias...". Esta postura fue mantenida además en la Circular 1/2000, de la Fiscalía General del Estado.

⁷⁹³ Art. 1 de la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor.

⁷⁹⁴ El artículo 3.2 del Reglamento de ejecución de la LO 5/2000 dice: "2. Toda declaración del detenido se llevará a cabo en presencia de su Letrado y de aquellos que ejerzan la patria potestad, tutela o guarda del menor, de hecho o de derecho, salvo que, en este último caso, las

Además, esta situación “no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario”, lo que va a exigir un esfuerzo de coordinación entre los agentes que intervienen en el procedimiento.

En tercer lugar, la puesta en conocimiento del Ministerio Fiscal, por parte de los Agentes policiales no es lo mismo que “puesta a disposición”, por lo que no es preciso que los agentes trasladen materialmente al presunto menor a las dependencias de la Fiscalía. Será suficiente cualquier forma de comunicación que pueda dejar constancia del hecho, es decir, de la comunicación por fax, por correo electrónico, o incluso por teléfono, sin perjuicio de enviar posteriormente a la Fiscalía la documentación pertinente. El Reglamento de ejecución de la LO 5/2000 establece en su artículo 3: *“Mientras dure la detención de los menores deberán hallarse custodiados en dependencias adecuadas conforme establece la LO 5/2000”*.

Respecto a las instituciones sanitarias encargadas de la práctica de las pruebas (generalmente, radiológicas)⁷⁹⁵, la ley da un amplio margen de actuación, que permite en cada lugar acudir, para la práctica de las pruebas de determinación de la edad, al centro médico que se considere más idóneo para realizarlas de manera inmediata y en condiciones de plena fiabilidad⁷⁹⁶. A veces, la necesaria acreditación de la edad se ve obstaculizada si el afectado se niega a la realización de las prácticas médicas, y en concreto a la prueba radiológica, en este caso, ante la falta de

circunstancias aconsejen lo contrario. En defecto de estos últimos, la declaración se llevará a cabo en presencia del Ministerio Fiscal, representado por un fiscal distinto del instructor del expediente”.

⁷⁹⁵ Las pruebas médicas no suelen ofrecer una edad exacta, fijando una horquilla más o menos amplia entre cuyos extremos se puede cifrar que se sitúa con un escasísimo margen de error la verdadera edad del sujeto; habrá que presumir, a falta de otros datos, que su edad es la establecida como límite inferior de dicha horquilla.

consentimiento exigiría la autorización judicial, del Juez de Instrucción de Guardia, puesto que se trataría de una intervención corporal que no afecta a los derechos fundamentales en juego (integridad física y moral e intimidad personal)⁷⁹⁷.

De todo ello se deduce que el menor de edad con la LO 4/2000 también puede ser objeto de expulsión (artículos 35.3 y 62.3) y de internamiento cautelar⁷⁹⁸. Si bien respecto del supuesto de retorno por intentar entrar ilegalmente en territorio español ha de entenderse que las normas de protección del menor han de primar en esa situación de desamparo a las de mera policía, sin que de manera mecánica se proceda a su devolución.

⁷⁹⁶ En la práctica existen protocolos de actuación para asegurar una mayor coordinación entre los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad, Ministerio Fiscal e instituciones sanitarias.

⁷⁹⁷ En este sentido GARCÍA-PANASCO MORALES, G., *El extranjero menor de edad*, en Curso de Formación de Secretarios Judiciales. Centro de Estudios Jurídicos de la Administración de Justicia. Madrid. 2001.

⁷⁹⁸ Respecto de las infracciones contenidas en los artículos 53 y 54 de la LO 4/2000 no podemos olvidar la preferencia ya reiterada de la salvaguarda del menor antes que procurar llevar a cabo la expulsión, máxime cuando dicha expulsión parece, sin duda alguna, castigo mayor que cualquiera de las medidas aprobadas en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor (artículo 7).

CAPÍTULO TERCERO

EL INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS

I. INTRODUCCIÓN

La problemática de los extranjeros en situación irregular en el territorio español tiene una serie de consecuencias prácticas que afectan principalmente al derecho a la libertad, como se ha visto en los capítulos anteriores. Lo que se analiza en el presente capítulo es el régimen de internamiento previo a las expulsiones o devoluciones de los extranjeros que se deben realizar conforme a los procedimientos descritos.

Podríamos definir el internamiento de los extranjeros como “*la medida preventiva de la que se sirve la Administración para la ejecución de una orden de expulsión*”⁷⁹⁹. Es un internamiento preventivo previa autorización judicial; es pues, una medida provisional incardinada en un procedimiento administrativo pero cuya autorización corresponde al Juez⁸⁰⁰.

Nos encontramos con una situación que se encuentra en el terreno intermedio entre la libertad y la detención judicial, previa al proceso penal. Este terreno es problemático porque las incidencias en la esfera de la libertad personal deben tener suficiente cobertura legal y deben responder al principio de proporcionalidad entre el sacrificio de la libertad exigido y el resultado que trata de obtenerse con la medida. Como se apunta doctrinalmente⁸⁰¹, existe una amplia gama de situaciones distintas a la detención y a libertad, como puede ser el control de alcoholemia, los cacheos policiales, el arresto del

⁷⁹⁹ En ese sentido ALARCÓN MOHEDANO, I./ VIDAL DE MARTÍN, L., *Centro de Internamiento de extranjeros*, Revista OTROSÍ, suplemento febrero 1999. Colegio de Abogados de Madrid.

⁸⁰⁰ Sobre el carácter de medida cautelar no ofrece ninguna duda para MASSÓ GARROTE, M.F., *El nuevo Reglamento de Extranjería*, la Ley, Madrid, 2001, pág. 211. Sin embargo, opinamos que la LO 4/2000 regula en su artículo 60 el internamiento como “medida cautelar”, pero tal denominación no es correcta, por cuanto la naturaleza jurídica del mismo no coincide con el concepto de cautela, debiendo considerar más correcta la denominación de “medida provisional o preventiva”, como analizaremos en otro apartado.

⁸⁰¹ GARCÍA MORILLO, J., *El derecho a la libertad personal*, cit., pág.17.

quebrado, etc., y entre estas situaciones está el internamiento de extranjeros. La evolución jurisprudencial ha admitido la existencia de estas situaciones, a pesar de que en un principio el Tribunal Constitucional en STC 98/1986⁸⁰² afirmó que *“la detención no es una decisión que se adopte en el curso de un procedimiento, sino una pura decisión fáctica, sin que puedan encontrarse zonas intermedias entre detención y libertad...”*⁸⁰³. También el Tribunal Europeo de Derechos Humanos establece una distinción entre la privación de libertad y las restricciones a la libertad⁸⁰⁴.

Recordemos que el Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su artículo 5.1, apartado f) contempla la detención y el internamiento de los extranjeros que hubieran entrado ilegalmente en territorio nacional, entre los casos en que se justifica la privación de libertad de una persona; y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de 1966 establece, en su artículo 13, la posibilidad de expulsión de un extranjero ilegal en el territorio de un Estado, de conformidad con las prescripciones legales. Por lo tanto la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirma que debe reconocérsele a los Estados firmantes del Convenio Europeo su derecho a controlar la entrada, residencia y expulsión de los extranjeros que se encuentren ilegales dentro de su territorio nacional.

⁸⁰² STC 98/1986, de 10 de julio (RTC 1986, 98).

⁸⁰³ El Tribunal Constitucional ha afirmado reiteradamente que tienen el carácter de situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente, entre otras, las detenciones impuestas en materia de extranjería, así: STC 115/1987, de 7 de julio (RTC 1987, 115); STC 21/1996, de 12 de febrero (RTC 1996, 21); STC 174/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999, 174); STC 179/2000, de 26 de junio (RTC 2000, 179); y STC 94/2003, de 19 de mayo (RTC 2003, 94).

⁸⁰⁴ La STEDH de 22 de febrero de 1984, Caso Raimondo, reconoce como restricción a la libertad, el sometimiento de una persona a un régimen de supervisión especial que implicaba la prohibición de salir del domicilio antes de la 7 a.m. y después de la 9 p.m., salvo en caso de necesidad, así como la obligación de presentarse periódicamente ante la policía.

II. CONFIGURACIÓN CONSTITUCIONAL

El internamiento de extranjeros, como situación de carácter intermedio entre privación y libertad, ha sido validado por la jurisprudencia constitucional siempre que se ajuste a un esquema garantista desarrollado por la propia doctrina constitucional. Fundamentalmente vamos a tratar la constitucionalidad de la medida de internamiento tras la STC 115/1987⁸⁰⁵.

El enjuiciamiento de esta medida se trató en la mencionada Sentencia del Tribunal Constitucional 115/1987 que señaló: “...*El internamiento preventivo de extranjeros, previo a su expulsión, tiene diferencias sustanciales con las detenciones preventivas de carácter penal, no sólo en las condiciones físicas de su ejecución, sino también en función del diverso papel que cumple la Administración en uno y otro caso. En materia penal, una vez puesto el detenido por el órgano gubernativo a disposición judicial, la suerte final del detenido se condiciona a decisiones judiciales posteriores, tanto en lo relativo a la detención preventiva como en el resultado del proceso penal posterior. En el procedimiento de expulsión, la decisión final sobre la misma corresponde al órgano gubernativo, y por ello es una decisión que puede condicionar la propia situación del extranjero detenido. Ello significa que el órgano que “interesa” el internamiento persigue un interés específico estatal, relacionado con la policía de extranjeros, y no actúa ya, como en la detención penal, como un mero auxiliar de la justicia, sino como titular de intereses*

⁸⁰⁵ STC 115/1987, de 7 de julio (RTC 1987, 115). Se puede considerar como una de las sentencias llamadas “interpretativas”. Esta sentencia resolvió el recurso de amparo planteado por el Defensor del Pueblo, entonces D. Joaquín Ruiz Jiménez, contra el artículo 26.2 de la LO 7/1985. El recurso se resolvió mediante un fallo interpretativo, partiendo de que el Fallo, específicamente dice: “*Declarar que no es inconstitucional el artículo 26.2, párrafo segundo, de la LO 7/1985, de 1 de julio, entendido con el sentido y alcance que indica en el fundamento jurídico 1.º...*”, dicho fundamento se constituye en verdadero punto de referencia.

públicos propios". La Sentencia referida no anuló el precepto recurrido, pero lo consideró sólo constitucional en la medida en que fuera interpretado como establecía la propia sentencia. Frente a lo argumentado en el recurso de que se infringía el artículo 25.3 de la Constitución y de que la intervención adhesiva del Juez, autorizando el internamiento no desvirtúa la índole administrativa del procedimiento, se interpretan las alocuciones "interesando" y "a su disposición" en el sentido del artículo 17.2 CE.

Hay dos extremos del artículo 26 de la LO 7/1985 que no se cuestionaron en el recurso planteado. En primer lugar, "la iniciación de un procedimiento de expulsión, cuando se dan determinadas circunstancias, es un supuesto razonable de restricción o pérdida de libertad"; ello se corresponde con las previsiones del artículo 5.1, f) CEDH. En segundo lugar, la detención preventiva o cautelar prevista en dicho artículo 26.2, que "respeta la previsión constitucional del artículo 17.2" en cuanto la misma no puede exceder del plazo de setenta y dos horas. No obstante, la STC 115/1987 consideró oportuno razonar sobre la detención cautelar o preventiva, estableciendo en su fundamento jurídico 1º: "...tanto el recurrente como el Letrado del Estado están de acuerdo en la constitucionalidad del artículo 26.2.1 de la Ley Orgánica para establecer una causa de restricción o pérdida de libertad. Coinciden también en que la iniciación de un procedimiento de expulsión, cuando se dan determinadas circunstancias, es un supuesto razonable de restricción o pérdida de libertad, además, está previsto expresamente en el artículo 5.1 f) del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, de 4 de noviembre de 1950, que es especialmente relevante al respecto, por el mandato contenido en el artículo 10.2 CE. No se ha planteado así duda alguna en principio sobre la

constitucionalidad de la detención preventiva cautelar, que se encuentra prevista en términos similares en los ordenamientos europeos en los que el citado Convenio es aplicable. Tampoco se cuestiona, por decirlo con palabras del recurrente, que la detención preventiva o cautelar prevista en el artículo 26.2 de la Ley orgánica 7/1985 respeta la previsión constitucional del artículo 17.2 en cuanto la misma no puede exceder del plazo de setenta y dos horas”.

La STC 115/1987 nos ofrece el marco de la intervención del Juez de Instrucción, constituyendo su fundamento jurídico 1º un punto de referencia, fuera del cual, el internamiento deviene inconstitucional. Examinamos brevemente las pautas que se establecen⁸⁰⁶:

1.º Respecto al carácter de la intervención del Juez de Instrucción. La intervención “adhesiva” del Juez autorizando el internamiento no desvirtúa la índole administrativa del procedimiento, debiendo entender que la alocución “*a su disposición*” como una verdadera puesta a disposición judicial, conforme al artículo 17.2 CE.

2.º Respecto a la decisión judicial. Ésta debe ser motivada, por medio de auto, y tendrá en cuenta “*las circunstancias que concurran en el caso, en el bien entendido no las relativas a la decisión de la expulsión en sí misma, 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*”.

⁸⁰⁶ Resulta interesante, aún cuando referido a la LO 7/1985, THOMAS ANDREU, G., *La intervención del Juez Penal en el internamiento preventivo del extranjero. La autorización judicial para expulsar extranjeros encartados en determinados delitos y la expulsión como sustitutiva del cumplimiento de penas impuestas en sentencia firme*, en “Extranjeros”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994, págs. 77 a 97.

3.º Respecto a la duración máxima. Sólo debe acordarse por el tiempo imprescindible para la práctica de la expulsión, pudiendo acordarse por tiempo inferior sin perjuicio de que pueda ampliarse sin sobrepasar el máximo de cuarenta días.

4.º En cuanto a la disponibilidad judicial. El Juez de Instrucción es pleno garante de la libertad de la persona. A partir de las setenta y dos horas de la detención el extranjero se encuentra en plena disponibilidad judicial, que cesará en el momento en que el juez mismo decida la puesta en libertad o en el momento en que la autoridad administrativa solicite del órgano judicial la entrega del detenido para proceder a su efectiva expulsión.

5.º Respecto al *Habeas Corpus*. Si bien la Sentencia alude a las dos situaciones del extranjero respecto de las cuales cabe dicha garantía, detención gubernativa e internamiento judicial, en cuanto a esta segunda puede resultar discutible que pueda desembocar en resolución que acuerde una nueva “puesta a disposición judicial”, puesto que el extranjero ingresado en un centro de internamiento ya está en plena disponibilidad del Juez de Instrucción. Si que podría plantearse *Habeas Corpus* para solicitar un cambio en el centro de internamiento o en la custodia de personas distintas de las que depende el extranjero.

También interesa destacar la excepcionalidad de la medida de internamiento. Con arreglo a la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁸⁰⁷, el internamiento debe adoptarse aplicando los principios de excepcionalidad, subsidiariedad y proporcionalidad de la medida. El Tribunal Constitucional no duda en trasladar a este ámbito su doctrina establecida a propósito de la prisión provisional. Resulta indispensable tener en cuenta que

la medida de internamiento ha de regirse por el principio de excepcionalidad, considerando el internamiento “*no como instrumento de uso indiscriminado en todos los procedimientos de expulsión, sino selectivo e, incluso, excepcional, esto es, sólo en los casos imprescindibles*” (STC 115/1987)⁸⁰⁸, debiendo aplicarse el principio “favor libertatis”, lo que supone que la libertad tiene que 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. Impera, por tanto, el principio de proporcionalidad que comporta que la restricción de libertad sólo deba autorizarse cuando, analizadas todas las circunstancias del caso, resulte absolutamente necesaria para garantizar el fin legalmente perseguido, que no es otro que el aseguramiento de la efectiva expulsión del territorio nacional. Este carácter restringido y excepcional de la medida de internamiento se refleja también en la existencia de una duración máxima, de modo que la medida de internamiento no puede exceder en ningún caso de cuarenta días⁸⁰⁹.

Finalmente, el Tribunal Constitucional ha señalado la naturaleza judicial de la decisión de internamiento, no siendo de carácter administrativo. En STC 182/1996⁸¹⁰ se invocó como vulnerado el artículo 25.3 CE, que prohíbe a la Administración civil la imposición de sanciones que impliquen privación de

⁸⁰⁷ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 18 de junio de 1971, caso Wilde, Ooms y Versyp.

⁸⁰⁸ STC 115/1987, de 7 de julio (RTC 1987, 115); en el mismo sentido: STC 144/1990, de 26 de septiembre (RTC 1990, 144), STC 182/1996, de 12 de noviembre (RTC 1996, 182) y STC 53/2002, de 27 de febrero (RTC 2002, 53).

⁸⁰⁹ Algún autor como MASSÓ GARROTE, M.F., (*El nuevo Reglamento de Extranjería*, cit., pág. 213) duda de la excepcionalidad, tras la reforma por LO 8/2000, al cuestionarse sobre la posibilidad en el artículo 62.1 LO 4/2000, reformada por LO 8/2000, cuando el expediente se refiera a extranjeros por las causas comprendidas en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 54, así como a), d) y f) del artículo 53, en el que se vaya a proponer la expulsión del afectado.

⁸¹⁰ STC 182/1996, de 12 de noviembre (RTC 1996, 182), que vuelve a repetir literalmente los argumentos anteriores de las SSTC 115/1987 y 144/1990.

libertad, resolviendo: “*la decisión de internamiento no es una decisión administrativa sino judicial(...)el extranjero se encuentra a la plena disponibilidad judicial, que cesará en el momento en que el Juez mismo decida la puesta en libertad o en el momento en que la autoridad administrativa solicite la entrega del detenido para proceder a su efectiva expulsión*”. La cuestión ya estaba solucionada por la doctrina establecida en STC 115/1987 y posteriores resoluciones que han insistido y desarrollado estas garantías de la decisión judicial en relación con la medida de internamiento de extranjero, formando un cuerpo de doctrina interpretativo ampliamente uniformado y reiterado⁸¹¹.

III. PRECEDENTES LEGISLATIVOS

En nuestra legislación encontramos dos antecedentes a la medida de internamiento en centro no penitenciario: la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 y la Ley 16/1970 de Peligrosidad y Rehabilitación Social, de 4 de agosto. Posteriormente se reguló en el Decreto 522/1974, de 14 de febrero, que se dictó para regular el régimen de entrada, permanencia y salida de los extranjeros en España y que estuvo en vigor hasta la entrada en vigor del Reglamento de 1986 aprobado por Decreto 119/1986. Pero no se puede olvidar que las características del Estado franquista en el que se dictan esas normas eran incompatibles con las propias de un Estado de Derecho y que,

⁸¹¹ Entre otras: STC 144/1990, de 26 de septiembre (RTC 1990, 144); STC 94/1993, de 22 de marzo (RTC 1993, 94); STC 242/1994, de 20 de julio (RTC 1994, 242); STC 96/1995, de 19 de junio (RTC 1995, 96); STC 21/1996, de 12 de febrero (RTC 1996, 21); STC 66/1996, de 16 de abril (RTC 1996, 66); y STC 82/1996, de 21 de mayo (RTC 1996, 82). Así la STC 144/1990 señala: “*por lo que se refiere a la intervención judicial para decretar el internamiento (...), resulta claro que si bien en el procedimiento de expulsión la decisión final sobre la pérdida de libertad es judicial, sin perjuicio del carácter administrativo de la decisión de expulsión y de la ejecución de la misma*”.

sobre todo, la legislación reguladora del orden público incrementaba el poder discrecional de la autoridad gubernativa⁸¹².

El antecedente más inmediato está en la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España, que prevé un sistema de internamiento donde la privación de la libertad del extranjero lo acordaba un juez y debía realizarse en un centro no penitenciario, puesto que la Constitución prohíbe que este tipo de privación de libertad tenga carácter aflictivo y, únicamente, se permite como medida cautelar previa y limitada a la ejecución de una orden de expulsión.

En concreto, el artículo 26.2 de la LO 7/1985 dice: “2. *En los supuestos a que se refieren los apartados a), c) y f) del número anterior, se podrá proceder a la detención del extranjero con carácter preventivo o cautelar mientras se sustancia el expediente. La autoridad gubernativa que acuerde tal detención se dirigirá al Juez de Instrucción del lugar en que hubiese sido detenido el extranjero, en el plazo de setenta y dos horas, interesando el*

⁸¹² Como dice BORRAJO INIESTA, I., (*El “status” constitucional de los extranjeros*, en Estudios sobre la Constitución española en homenaje al Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, Madrid, 1991, tomo II, pág.706), “*la situación pre-constitucional del extranjero era contradictoria. Por una parte, la legislación decimonónica le reconocía, como principio general, una posición de equiparación con el nacional. En sus relaciones familiares y civiles, en el disfrute y disposición de sus posesiones, en la defensa de sus derechos ante los Tribunales y ante la Administración en el desempeño de su industria o comercio, el ordenamiento español consideraba al extranjero como a cualquier español. Los límites o restricciones, sin duda, existían. La legislación administrativa los había introducido respecto de determinados bienes o actividades. Pero esas discriminaciones eran las excepciones que confirmaban la regla general. Ahora bien, si es cierto que el extranjero formaba parte del ordenamiento español era equiparado a los nacionales, también es cierto que su permanencia en el territorio español y, por ende, su inserción en el ordenamiento, dependía enteramente de las autoridades gubernativas. Al amparo de los Reglamentos que regían la circulación de los extranjeros, las autoridades administrativas de policía intervenían la situación de los extranjeros con una amplitud y con un grado de discrecionalidad extremos: bien en el momento de permitir la entrada en el territorio nacional, bien el de otorgar los permisos de residencia, bien, al no decidir la expulsión del extranjero*”. La escasa jurisprudencia dictada en esta materia lo confirmaba: su escasez misma ya es síntoma elocuente de la inexistencia de derechos a proteger en los Tribunales. Tanto si se trata de una sanción como si de una expulsión, el extranjero quedaba en manos de la Administración.

internamiento a su disposición en centros de detención o en locales que no tengan carácter penitenciario. De tal medida se dará cuenta al Consulado o Embajada respectivos y al Ministerio de Asuntos Exteriores. El internamiento no podrá prolongarse por más tiempo del imprescindible para la práctica de la expulsión, sin que pueda exceder de cuarenta días”.

Desde la entrada en vigor de la LO 7/1985 diferentes Juntas de Jueces de Instrucción se vieron abocadas a adoptar una serie de acuerdos, unificando criterios y estableciendo en la práctica la vigencia de las garantías constitucionales⁸¹³.

Doctrinalmente este párrafo del artículo 26 fue tachado de inconstitucionalidad tanto en lo que se refiere a la detención en sí misma, como respecto al internamiento⁸¹⁴, motivando el recurso de

⁸¹³ Como ejemplo, el Acuerdo de la Junta de Jueces de Instrucción de Barcelona de fecha 30 de septiembre de 1985 o el de 28 de octubre de 1985, que fijaba los requisitos en cuanto a la petición de autorización de internamiento, que debe ser individualizada; al trámite de audiencia, siendo preceptiva la presentación del extranjero ante el Juzgado de Guardia con el objeto de que pueda manifestar lo que a su derecho convenga; respecto a la asistencia letrada, que debe ser obligatoria para el extranjero detenido; y respecto a la notificación del auto de internamiento, que se habrá de hacer con instrucción de los recursos que puedan corresponderle.

En el mismo sentido la Junta de Jueces de Instrucción de Madrid de 20 de junio de 1992 proponía un protocolo mínimo de procedimiento en la tramitación de las solicitudes de internamiento y anotaba todos los incumplimientos de la autoridad administrativa.

⁸¹⁴ MIQUEL CALATAYUD, J.A., (*Estudios sobre Extranjería*, Zaragoza, 1987) se manifestaba por la inconstitucionalidad del precepto, en cuanto a la detención porque el artículo 17.2 CE sólo la autoriza en el contexto del proceso penal, y en cuanto al internamiento y a la propia detención porque incide en la prohibición del artículo 25.3 CE, que veda la imposición de sanciones administrativas que impliquen privación de libertad. BELLOCH JULVE, J.A., (*Los derechos del extranjero: el internamiento preventivo y su homologación judicial*, en Jornadas sobre privaciones de libertad y derechos humanos, organizadas por Jueces para la Democracia en Barcelona, octubre de 1986, edit. Hacer, 1987) también fundamenta su tesis de la inconstitucionalidad del artículo 26.2 por considerar tanto la detención cautelar como el posterior internamiento de hasta cuarenta días incompatibles con la Constitución en sus artículos 17.2 (que sólo autoriza la detención preventiva para el esclarecimiento de hechos que revistan caracteres de delito), 25.3 (en cuanto contiene la prohibición de sanciones administrativas privativas de libertad, sin que la intervención judicial desvirtúe el carácter administrativo del expediente) y 24 (en cuanto no se regula un mínimo de garantías que confieran a la intervención judicial verdadero carácter de decisión jurisdiccional).

inconstitucionalidad planteado por el Defensor del Pueblo y que fue resuelto por STC 115/1987⁸¹⁵.

Por su parte, THOMAS ANDREU⁸¹⁶ interpreta el artículo 26.2 para distinguir entre detención e internamiento, siendo la primera gubernativa y el segundo judicial. Para dicho autor, el artículo 26.2 se refiere a la detención del extranjero por causa de expulsión como medida de *carácter preventivo o cautelar*, se rige por las normas ordinarias de toda detención y concreta la finalidad de la misma en la frase “... *mientras se sustancia el expediente*”. Por el contrario, el internamiento tiene otra finalidad, descrita en la frase “... *no podrá prolongarse por más tiempo del imprescindible para la práctica de la expulsión*”. Se trata de una medida que no tiene carácter cautelar, sino carácter de ejecución de lo acordado, por lo que resulta natural la exigencia de constancia del presupuesto de tal ejecución, como es la resolución administrativa que la acuerda. La duda que surgió respecto al internamiento es la referencia “*a su disposición*”, que podía dar lugar a interpretar que el extranjero internado quedaba a disposición de la autoridad administrativa. Al estar redactado el precepto utilizando dos terceras personas (la autoridad gubernativa y el Juez de Instrucción), en principio no se sabe muy bien a cuál de ellas se refiere, al decir: “*La autoridad gubernativa que acuerde tal detención se dirigirá al Juez de Instrucción... interesando el internamiento a su disposición...*”. Las dudas fueron despejadas por el Tribunal Constitucional en Sentencia 115/1987, como veremos.

⁸¹⁵ El recurso de inconstitucionalidad impugnó exclusivamente el párrafo segundo del número segundo del artículo 26 LO 7/1985, es decir, se limitó al internamiento por tiempo máximo de cuarenta días. No obstante, la STC 115/1987, tras resaltar esta circunstancia, consideró oportuno razonar sobre la detención cautelar o preventiva en sentido divergente de las opiniones doctrinales referidas.

⁸¹⁶ THOMAS ANDREU, G., *La intervención del Juez penal en el internamiento preventivo del extranjero...*, cit., pág. 86.

La citada Sentencia declaró que el párrafo segundo del artículo 26.2 LO 7/1985 no era inconstitucional, entre otras razones porque es el órgano judicial quien debe adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, en el bien entendido, no a la decisión de expulsión en sí misma, sino las concernientes a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su huida o cualquiera otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión. Interpretado en estos términos *”el precepto impugnado es plenamente respetuoso con el artículo 17.2 CE al no ser una decisión administrativa, sino judicial, la que permite la pérdida de libertad, pues no existe condicionante alguno sobre el Juez para decidir sobre esa libertad. Tampoco entra el precepto en colisión con el artículo 24.2 CE porque del mismo no se deduce limitación alguna de los derechos de defensa del extranjero ni se impide su intervención en el correspondiente procedimiento. Además la resolución judicial ha de ser adoptada “mediante resolución judicial motivada”(STC 41/1982, de 2 de julio), que debe respetar los derechos de defensa (artículos 24.1 y 17.3 CE), así como la interposición de los recursos que procedan contra la resolución judicial y eventualmente los reconocidos en el artículo 35 de la LO 7/1985, en conexión con el artículo 5.4 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos. Es decir, el precepto impugnado respeta y ha de respetar el bloque de competencia judicial existente en materia de libertad individual, tanto en lo que se refiere a la fase gubernativa previa de las setenta y dos horas como también respecto a esa prolongación del internamiento en caso necesario en virtud de una resolución judicial. La intervención 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”⁸¹⁷.

La afirmación decisiva, en lo que nos interesa, es que “la disponibilidad sobre la pérdida de libertad es judicial”, es decir, adoptada exclusivamente por el órgano judicial, y ello sin perjuicio de que la decisión de expulsión y su ejecución tenga carácter administrativo. Lo que el precepto exige de la autoridad administrativa es que, dentro del plazo de 72 horas, interese del Juez que autorice el internamiento. Interpretando el precepto de este modo, es plenamente respetuoso con el artículo 17.2 CE (por establecer el plazo que este precepto exige), con el artículo 24.2 CE (porque no se expresa limitación de los derechos de defensa del extranjero ni se impide su intervención en el procedimiento) y con el artículo 25.3 CE (pues no es una decisión administrativa, sino judicial, la que permite la pérdida de libertad).

Todo este conjunto de garantías deducibles del propio texto de la Ley y de su integración con el Convenio Europeo de 1950 y con la propia doctrina del Tribunal Constitucional⁸¹⁸, hacen que el internamiento de los extranjeros no pueda considerarse ni de carácter administrativo ni sin las garantías de fondo y forma que eviten su carácter arbitrario.

⁸¹⁷ Esta misma doctrina se ratifica en la STC 144/1990, de 26 de septiembre (RTC 1990, 144), en la que se señala que “...es preciso recordar que la decisión judicial en relación con la medida de internamiento del extranjero pendiente de expulsión, prevista en el artículo 26.2 LO 7/1985, ha de ser adoptada mediante resolución judicial motivada, que debe respetar los derechos fundamentales de defensa, incluidos los previstos en el art. 30.2 LO 7/1985, en conexión con el artículo 6.3 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, así como la interposición de los recursos que procedan contra la resolución judicial y, eventualmente, los reconocidos en el artículo 35 de la LO 7/1985 en conexión con el artículo 5.4 del citado Convenio Europeo...”. En el mismo sentido se expresa la STC 182/1996, de 12 de noviembre (RTC 1996, 182).

⁸¹⁸ La doctrina constitucional (STC 341/1993, (RTC 1993, 341); y STC 174/1999, de 27 de septiembre (RTC 1999, 174), estima que la remisión a la ley no implica que el legislador quede habilitado para prever otras privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada, supuesto en el que padecería tanto la libertad como la seguridad de la persona.

IV. RÉGIMEN JURÍDICO DEL INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS

La actual legislación que regula el internamiento de extranjeros sigue manteniendo el internamiento en centro no penitenciario entre las medidas provisionales que se pueden adoptar para asegurar la eficacia de la futura orden de expulsión, aún a pesar de las fuertes críticas de la doctrina⁸¹⁹ y la problemática que suscitan los centros de internamiento. Vamos a examinar la legislación vigente que regula el internamiento de extranjeros.

A. LEY ORGÁNICA 4/2000 SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL

El marco legal regulador del internamiento lo constituye, básicamente, la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, modificada por LO 8/2000, de 22 de diciembre, cuyo artículo 61.1 e) establece como una de las “medidas cautelares” que pueden ser impuestas a los extranjeros durante la tramitación de un expediente de expulsión el internamiento judicial en los centros de internamiento. Asimismo se regula en los artículos 60 y 62 el internamiento,

⁸¹⁹ ALARCÓN MOHEDANO P./ VIDAL DE MARTÍN, L., *¿La nueva regulación de los centros de internamiento de extranjeros?*, Revista Tapia, octubre, 1999; MOLINA NAVARRETE, C., (*Comentario a la Ley y Reglamento de extranjería e integración social*, cit., pág. 860) califica esta institución de “monumento al significado más policial y represivo presente en el modelo de regulación que inspiró la LO 7/1985”. Son continuas las críticas de los más diversos foros de debate y opinión, así como institucionales, por ejemplo el Defensor del Pueblo que en sus informes anuales critica fehacientemente la situación de los extranjeros en los Centros de internamiento en espera de su expulsión (vid. Informe de 1996 del Defensor del Pueblo, IV Legislatura).

bajo dos presupuestos distintos, el primero, cuando se demore más de setenta y dos horas el retorno de los extranjeros a los que en frontera no se les permite el ingreso en nuestro país⁸²⁰, y el segundo cuando se trate de extranjeros sometidos a expedientes de expulsión⁸²¹.

Algún autor⁸²² ha criticado la existencia de dos preceptos distintos para recoger una misma figura jurídica, dando a entender la posibilidad de que estamos ante dos clases distintas de internamiento, con distinto control y garantías, pues en la primera opción legal (extranjero pendiente de retorno) parece que se partiera de una previa decisión gubernativa y fuera obligado para el Juez el internamiento, mientras que en la segunda opción legal (extranjero pendiente de expulsión) si que es necesaria la decisión judicial.

B. REGLAMENTO DE EJECUCION DE LA LEY ORGÁNICA 4/2000, SOBRE DERECHOS Y LIBERTADES DE LOS EXTRANJEROS EN ESPAÑA Y SU INTEGRACIÓN SOCIAL

También el Reglamento de ejecución, aprobado por RD 2393/2004, de 30 de diciembre, se ocupa del internamiento en el Capítulo VI, que comprende

⁸²⁰ Establece el artículo 60 LO 4/2000: “1. Los extranjeros a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país serán retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible. La autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de Instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno.”

⁸²¹ El artículo 62.1 LO 4/2000, en su redacción dada por LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, establece: “Incoado el expediente por las causas comprendidas en los párrafos a) y b) del apartado 1 del artículo 54, así como a), d) y f) del artículo 53, en el que pueda proponerse la sanción de expulsión del territorio español, el instructor podrá solicitar al juez de instrucción competente que disponga su ingreso en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador, sin que sea necesario que haya recaído resolución de expulsión.”

⁸²² DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., *Detención e internamiento de extranjeros: Estatuto Jurídico*, cit., pág. 3

los artículos 153 a 155⁸²³. En concreto el artículo 153.2 establece la posibilidad de acordar judicialmente el ingreso en centros de internamiento de extranjeros que no tengan carácter penitenciario, y hace una enumeración taxativa de las ocasiones en las que resulta procedente el internamiento, al disponer que “sólo” se podrá acordar el internamiento del extranjero si se da alguno de los supuestos que contempla: Cuando proceda la expulsión, mientras se tramita su expediente y antes de que recaiga la resolución que ponga fin al mismo o en el caso de no abandono del territorio nacional por el extranjero ya expulsado, y cuando se haya dictado resolución de retorno y éste no pueda ejecutarse dentro del plazo de 72 horas⁸²⁴.

Algún autor⁸²⁵ ha criticado la inoportunidad de regular reglamentariamente las garantías jurisdiccionales en la devolución, retorno y expulsión de extranjeros, alegando que es poco respetuoso con el principio de la independencia judicial y sumisión exclusivamente al imperio de la ley (artículos 117.1 CE y 1 LOPJ) marcar reglamentariamente el procedimiento para ejercer su función garantista⁸²⁶, frente a lo que se puede argüir que los

⁸²³ El recién aprobado Reglamento derogó al anterior, aprobado por RD 864/2001, de 20 de julio, que se ocupaba del internamiento en la Sección 2ª del Capítulo IV, que comprendía los artículos 153 a 155.

⁸²⁴ El artículo 127.2 del Reglamento de 2001 (RD 864/2001), en su redacción originaria, preveía un cuarto supuesto: “*Cuando se haya dictado acuerdo de devolución de conformidad con lo establecido en el presente Reglamento*”, pero ha sido anulado por STS de 20 de marzo de 2003. El vigente Reglamento (RD 2393/2004) prevé este supuesto en el artículo 153.2, c) en los mismos términos que el anterior.

⁸²⁵ PECES MORATE, J.E., *Garantías jurisdiccionales para los extranjeros. Medidas cautelares en el proceso*, en “Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería”, Cuadernos de Derecho Judicial VIII-2001, CGPJ, Madrid. 2002, pág. 230.

⁸²⁶ PECES MORATE, J.E., (*Garantías jurisdiccionales para los extranjeros. Medidas cautelares en el proceso*, cit., pág. 232) argumenta que “*cuando en el ejercicio de la potestad jurisdiccional los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo revisan la legalidad de los actos y disposiciones de las Administraciones Públicas interpretan y aplican normas reglamentarias, pero lo hacen desde su cometido de control jurisdiccional, mientras que en los aludidos preceptos reglamentarios se señala al Juez cuándo y cómo debe ejercer su función de garante, lo que no parece acorde con su condición de ejerciente de un poder del Estado, entre cuyos cometidos está el*

preceptos del Reglamento de ejecución que se refieren a las garantías en la devolución o retorno tienen cobertura en lo dispuesto en los artículos 57.7, 58.5, 59.4, 60.3, 61.1, d) y e), y 62 de la LO 4/2000, reformada por LO 8/2000.

C. ORDEN MINISTERIAL DE 22 DE FEBRERO DE 1999

Las disposiciones mencionadas han de ser completadas con lo establecido en la Orden del Ministerio de la Presidencia de 22 de febrero de 1999 (Boletín Oficial del Estado de 24 de febrero 1999), sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamientos de extranjeros, cuyo artículo 2 dispone que el ingreso en los Centros de Internamiento solamente se podrá realizar en virtud de resolución de la autoridad judicial competente en los supuestos y a los efectos prevenidos en el artículo 26.2 LO 7/1985, de 1 de julio, remisión que ha de entenderse hecha a la vigente LO 4/2000. Con la publicación de esta normativa se puso fin a la laguna legal existente desde 1985 sobre la normativa de los centros de internamiento, puesto que los breves artículos del Reglamento de 1996⁸²⁷ sobre normativa de regulación interna no podían tener tal consideración⁸²⁸. En

de controlar la potestad reglamentaria del Ejecutivo, por lo que considero que sobran del Reglamento de Ejecución de la Ley de Extranjería todos los preceptos relativos al cometido garantista de los Jueces de Instrucción”.

⁸²⁷ El Reglamento de Ejecución de la LO 7/1985, aprobado por el Real Decreto 155/1986, de 2 de febrero, dedicaba una Sección específica (Sección 5ª, artículos 108 a 113) a los aspectos principales de estos Centros y habilitaba al Ministerio de Justicia e Interior, en su artículo 113 para que dicte las normas precisas de funcionamiento interno de los Centro de Internamiento de Extranjeros.

⁸²⁸ De la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999 debemos destacar el Capítulo I dedicado a las disposiciones generales a que habrán de adecuarse los Centros de Internamiento de extranjeros, perfilando en ellas la definición, naturaleza y finalidad de estos centros; así como los Capítulos IV, V, VI y VII, que delimitan los trámites que habrán de observarse en el ingreso, los traslados y salidas de los centros de internamiento así como el Régimen Interno, Capítulo V.

esta norma reglamentaria se hizo un notable esfuerzo de reorganización y mejora de todo tipo de servicios y ampliación de derechos, pero quedó en suspenso por problemas presupuestarios (sólo existen seis centros en las provincias con mayor concentración de inmigrantes de todo el país) y sus condiciones de adaptación no son fáciles.

El Reglamento de ejecución de 2004 establece en el artículo 155.2 la habilitación al Ministerio de la Presidencia para que mediante orden ministerial establezca las normas técnicas y organizativas que se consideren necesarias para establecer el funcionamiento y régimen interior de los centros de internamientos de extranjeros, por lo que la Orden Ministerial de 22-II-1999 seguirá en vigor mientras no se apruebe la nueva normativa ministerial.

D. CONSULTAS, CIRCULARES E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Otros instrumentos legales que ayudan a la interpretación del internamiento de extranjeros los encontramos en las Consultas, Circulares e Instrucciones de la Fiscalía General del Estado que plasman la preocupación de la Fiscalía General sobre dicha medida.

Destacamos la *Instrucción 6/1991*, de 23 de octubre, que trata sobre garantías en las autorizaciones judiciales de internamiento de los sometidos a procedimientos de expulsión, señalando que esta medida debe estar inspirada en un principio de excepcionalidad, sin que pueda realizarse en centros penitenciarios ni en Comisarías de Policía, debiendo indicar la Autoridad Gubernativa al Juez el centro concreto donde va a ser internado el extranjero,

así como las causas que aconsejan tal petición, dejando claro que, en todo caso, el extranjero está a disposición del Juez. También señala la mencionada Instrucción que el internamiento se ha de otorgar, previa la presencia física del detenido ante la Autoridad Judicial, con la pretensión de que dicha Autoridad Judicial escuche a dicha persona y adopte su decisión con mayor conocimiento de su causa, precisando que el Juez, al elaborar el criterio sobre la posibilidad de internamiento, ha de tomar en consideración el dato de si el extranjero en cuestión ha sido internado con anterioridad, con lo que se evita la figura del internamiento sobrevenido o sucesivo. Para evitar la descoordinación entre las autoridades administrativas y judiciales se creó el “libro registro de extranjeros”.

La *Circular 1/1994*, de 15 de febrero, en la que se evidencia como el campo de actuación del Ministerio Fiscal en el ámbito de la legislación de extranjería es muy amplio, produciéndose en un doble orden jurisdiccional. Por un lado, el contencioso-administrativo, ante la revisión judicial de las resoluciones gubernativas de expulsión de un extranjero, asumiendo una función garantista. Por otro, en el orden jurisdiccional penal, una vez que es firme el Decreto gubernativo de expulsión, produciéndose con frecuencia situaciones de concurrencia entre imputaciones de delitos menos graves y causas de expulsión que ocasionan importantes contradicciones y disfuncionalidades.

La *Consulta 1/2001*, de 9 de mayo, sobre el retorno de extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en España, llega a la conclusión de que la devolución o retorno no es propiamente una sanción, sino una medida para el restablecimiento inmediato del orden jurídico perturbado que se acuerda, sin necesidad de incoar expediente de expulsión, por resolución administrativa de

la autoridad competente y que no lleva aparejada la prohibición de futura entrada. La adopción de la devolución o retorno se justifica en atención a la flagrancia de la infracción administrativa consistente en la entrada ilícita en territorio español. Con la expresión legal “los que pretendan entrar ilegalmente en el país” (art. 54.2 b) LO 4/2000), se acota la figura del retorno y se aplica a aquellos que sean sorprendidos de un modo patente o “*in fraganti*” en su acción de entrada ilícita en España.

La *Circular 3/2001*, de 21 de diciembre, de la Fiscalía General del Estado, relativa a la actuación del Ministerio Fiscal en materia de extranjería. Trata sobre las medidas privativas de libertad en los supuestos de expulsión de extranjeros no sujetos a causa penal, y en concreto del internamiento de extranjeros en los supuestos de expulsión, devolución y retorno, el control del internamiento y el carácter de los centros de internamiento. Dicha Circular no introduce criterios incompatibles con las dictadas hasta esa fecha; al contrario, parte de las orientaciones que sentó la Circular 1/1994, pero adaptándolas a la nueva normativa por LO 4/2000, y profundiza en las líneas de interpretación que se establecen en las Instrucciones 2/2001 y 4/2001, que deben reputarse vigentes; siendo tratadas más detenidamente cuando hablemos de los supuestos de internamiento⁸²⁹.

La *Instrucción 2/2001*, de 28 de junio, sobre la interpretación del artículo 35 LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

La *Instrucción 2/2002*, de 11 de febrero, sobre organización de las Fiscalías en materia de extranjería, que crea un Servicio de Extranjería en las

⁸²⁹ Sobre el contenido y comentarios de la Circular 3/2001, ver PAZ RUBIO, J.M., *Expulsión de extranjeros*, en Curso sobre “Extranjeros y Derecho Penal”, Cuadernos de Derecho Judicial, IV-2003, Madrid, CGPJ, págs. 132 a 203.

diversas Fiscalías para hacer efectivo un mayor control en relación con determinadas situaciones de los extranjeros así como en los internamientos autorizados y estableciendo un régimen de visitas periódicas a los centros de internamiento.

La *Instrucción 3/2003*, sobre la procedencia del retorno de extranjeros menores de edad que pretendan entrar ilegalmente en España y en quienes no concorra la situación jurídica de desamparo. Esta instrucción fue objeto de críticas⁸³⁰, porque generaba interpretaciones que no respetaban el principio general de prevalencia del interés superior del menor; asimismo esta Instrucción entraba en contradicción con anteriores pronunciamientos de la Fiscalía General del Estado sobre la materia.

La *Instrucción 6/2004*, de 26 de noviembre, sobre tratamiento jurídico de los menores extranjeros inmigrantes no acompañados, que viene a dejar sin efecto la Instrucción 3/2003, a la vista de las dudas que su interpretación general, a la vez que ratifica las directrices de las Circulares 3/2001, de 21 de diciembre, relativa a las actuaciones del Ministerio Fiscal en materia de extranjería, y la Instrucción 2/2001, de 28 de junio, sobre interpretación del artículo 35 LO 4/2000.

V. NATURALEZA JURÍDICA

Una vez que se priva al extranjero de libertad y transcurrido el plazo de 72 horas dispuesto por el artículo 17.1 CE, existen sólo dos posibilidades:

⁸³⁰ Tanto la doctrina, FÁBREGA RUIZ, C., *Retorno de inmigrantes y emancipación de hecho*, Diario La Ley, núm. 5940, de 26 de enero de 2004. FELIX PANTOJA, Vocal del CGPJ, en carta al diario El País, de 12 de enero de 2004, la califica de “*sorprendente, grosero incumplimiento de la convención de Derechos del Niño, discriminatoria*”. Como otros organismos, Amnistía

puesta en libertad del extranjero y que la Administración continúe tramitando el expediente de expulsión, o puesta a total disposición judicial para que sea la autoridad judicial la que entre a conocer el fondo del asunto y valore si existen motivos suficientes que justifiquen el seguir manteniéndole privado de libertad. Sin embargo, ésta última alternativa no es viable en opinión de VIDAL FUEYO⁸³¹, pues el extranjero tiene abierto un expediente de expulsión administrativo que aún no está resuelto y el Juez de Instrucción no puede entrar en el fondo del asunto. De esta manera estamos ante una figura como es el internamiento, que no responde ni a las características de una detención preventiva⁸³², ni a las de la prisión provisional⁸³³.

La naturaleza jurídica es, por tanto, compleja. Se trata de una medida preventiva dentro de un procedimiento administrativo sancionador que procede aplicar cuando es indispensable para evitar el riesgo de fuga del extranjero, mientras se sustancia el expediente de expulsión⁸³⁴.

Internacional, solicitó a la Fiscalía General del Estado que retire la instrucción o la modifique para que respete los derechos fundamentales de los menores.

⁸³¹ VIDAL FUEYO, C., *La nueva Ley de Extranjería a la luz del texto constitucional*, cit., pág. 216.

⁸³² El artículo 62.1 LO 4/2000 no se refiere al esclarecimiento de los hechos sino a la sustanciación de un expediente administrativo de expulsión, sin perder de vista que la expulsión es una sanción administrativa, mientras que la detención sólo procede cuando existiera indicios de criminalidad, pues el artículo 17.2 sólo autoriza la detención en el contexto del proceso penal.

⁸³³ Pues el extranjero no depende de la autoridad judicial, sino de la gubernativa, durante el periodo de internamiento.

⁸³⁴ En opinión de VIDAL FUEYO, C., (*La nueva Ley de Extranjería a la luz del texto constitucional*, cit., pág. 217), para que resulte plenamente constitucional deberá ser la jurisdicción contencioso-administrativa, y no el Juez de Instrucción, el orden jurisdiccional competente para decidir sobre la necesidad de pérdida de libertad, pues es este orden el que tiene competencia para conocer sobre los posibles recursos contra dicha expulsión. A su juicio, es posible la vulneración del principio *non bis in idem* por varios preceptos de la Ley de extranjería, pues sobre un mismo hecho y un mismo sujeto van a recaer dos sanciones, sin que sea posible apreciar un fundamento distinto, salvo la extranjería, que justifique la doble imposición. Así, los artículos 53,f y 54.1,a de la LO 4/2000, que recogen sanciones que pueden llevar aparejada la expulsión, y que suponen una infracción de la LO 1/1992 de Seguridad Ciudadana, por lo que un extranjero lleva aparejada una sanción adicional, cuya causa viene determinadas exclusivamente por la condición de extranjero del infractor. Del mismo modo, el artículo 57.2 LO 8/2000 prevé como causa de expulsión, que el

La filosofía o “ratio legis” de la medida de internamiento según la LO 4/2000⁸³⁵ y en su reforma por LO 8/2000, según el texto de los artículos 61.1 e) y 62, es concebir el internamiento como una “medida cautelar” que puede acordarse mientras se sustancie un procedimiento sancionador en el que se formule una propuesta de expulsión.

Aún cuando la LO 4/2000 denomina en el artículo 61 “medidas cautelares”, no presentan los caracteres propias de tales medidas. La finalidad perseguida con el amplio catálogo de estas medidas, entre las que se encuentra el internamiento, no es otra que servir de instrumento para una mayor eficacia de la potestad sancionadora de la Administración, incluso a través de la compulsión personal y otras restricciones de derechos fundamentales.

No se deben confundir con las medidas cautelares de carácter personal previstas en el proceso penal. El fundamento de tales medidas en el proceso penal no es otro que garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia condenatoria, y entre sus caracteres destacamos el de instrumentalidad en relación a otro proceso principal. El problema deriva de confundir la función coercitiva cautelar de estas medidas con otras funciones coercitivas no cautelares, puesto que no toda coerción supone función

extranjero haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa. De esta manera se sanciona administrativamente un comportamiento ilícito que ya ha sido sancionado penalmente.

⁸³⁵ En la redacción originaria de la LO 4/2000 se recoge la figura del internamiento en los artículos 56 y 58 con el siguiente contenido: Artículo 56 “*Los extranjeros a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país serán retornados a su punto de origen en el plazo más breve posible. La autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de Instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno*”.

Art. 58 “*Cuando el expediente se refiera a extranjeros por las causas comprendidas en los apartados a), b) y c) del artículo 50 así como el g) del artículo 49, en el que se vaya a proponer la expulsión del afectado, la autoridad gubernativa podrá proponer al Juez de Instrucción competente correspondiente que disponga su ingreso en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador. La decisión judicial en relación con la solicitud de internamiento del extranjero pendiente de expulsión se adoptará en auto motivado, previa audiencia del interesado*”.

cautelar⁸³⁶. Existen medidas coercitivas que pueden producir una afectación de derechos, ejerciendo, con un menor o mayor grado la “compulsión personal”, y en el internamiento esa coerción afecta al derecho de libertad personal. Además, hay que tener en cuenta que en nuestro ordenamiento jurídico es posible adoptar medidas que comportan privación o restricción de libertad y que no se adoptan en relación con un proceso penal, como ocurre con el internamiento de extranjeros⁸³⁷.

La doctrina, sin embargo, no es unánime⁸³⁸ sobre la naturaleza cautelar o no del internamiento. THOMAS ANDREU⁸³⁹ estima que se trata de una medida que no tiene carácter cautelar, sino carácter de ejecución de lo acordado, por lo que resulta natural la exigencia de constancia del presupuesto de tal ejecución, como es la resolución administrativa que la acuerda, la duda surge respecto al internamiento con la referencia “a su disposición” que podía dar a interpretar que el extranjero internado quedaba a disposición de la autoridad administrativa.

Por su parte, VILLAVERDE MENÉNDEZ⁸⁴⁰ dudaba que el internamiento sea una medida cautelar personal de naturaleza judicial, a pesar de que se adopte por una resolución judicial. El Juez de Instrucción se limita a cumplir una

⁸³⁶ BARONA VILAR, S., *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, cit., pág. 462.

⁸³⁷ Recordemos que también es posible adoptar medidas restrictivas de la libertad en los estados de alarma, excepción y sitio, en el internamiento de incapaces, o en caso de enfermedades infecto-contagiosas, y sin embargo no son medidas cautelares.

⁸³⁸ MOLINA NAVARRETE, C., (*Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración social*, cit., pág. 860) concibe el internamiento como medida cautelar, y como tal participa de los presupuestos de “*Fumus boni iuris*” y “*Periculum in mora*”. En virtud del primero debe de existir la fundada sospecha de la comisión de una infracción grave tipificada en la Ley de Extranjería y la referencia al segundo presupuesto se concreta en el peligro de que se sustraiga a la Administración a la hora de materializar la expulsión del territorio español por el riesgo de fuga del sujeto.

⁸³⁹ THOMAS ANDREU, G., *La intervención del Juez penal en el internamiento preventivo del extranjero*, cit., pág. 86.

⁸⁴⁰ VILLAVERDE MENÉNDEZ, I., *Extranjeros e inmigración: Aspectos jurídicos y socioeconómicos...*, cit., pág. 191.

función de garante del derecho a la libertad personal del extranjero así como de los derechos fundamentales que le asisten en esa situación (artículo 17.4 CE), autorizando, si lo considera oportuno, la medida propuesta a instancia de la Administración, y de control sobre la correcta ejecución de la medida y su duración. El Juez de Instrucción no decreta el internamiento del extranjero en un proceso judicial, sino en el curso de un procedimiento administrativo; el órgano judicial autoriza el internamiento a petición de la Administración y vigila las condiciones y adecuación de la medida, que, por lo demás, no deja de ser de carácter administrativo⁸⁴¹.

En definitiva, consideramos que el internamiento, aún cuando la LO 4/2000 lo regula dentro de las medidas cautelares, no lo es, a pesar de que intervenga el Juez en la autorización del mismo. Por el contrario, si que se puede considerar como medida preventiva o provisional, adoptado con la finalidad de asegurar la eficacia de la ejecución del acuerdo de expulsión.

Junto a la naturaleza jurídica del internamiento se pueden plantear varias cuestiones como son: determinar el carácter automático o discrecional del internamiento; el momento de solicitar el mismo; y las medidas alternativas al internamiento en centro no penitenciario.

A. CARÁCTER AUTOMÁTICO O DISCRECIONAL DEL INTERNAMIENTO

El problema básico que suscita el artículo 62 LO 4/2000 es el relativo a determinar si, solicitado el internamiento por la Autoridad gubernativa en los términos expresamente previstos en la Ley de Extranjería, el Juez de

⁸⁴¹ SSTC 10/2000, de 17 enero (RTC 2000, 10) y 178/2000, de 26 de junio (RTC 2000, 178).

Instrucción habrá de acordarlo sin más trámite, o sí, por el contrario, habrá de ponderar las circunstancias “concurrentes en el extranjero puesto a su disposición”, antes de decretar o rechazar el internamiento. Es decir se plantea si el internamiento tiene un carácter automático o discrecional, lo que puede dar lugar en la práctica jurisdiccional a dos modelos distintos: uno que podemos considerar como trámite de homologación o estandarización, o un modelo más garantista⁸⁴².

Hay que partir de la premisa de que el extranjero durante su privación de libertad no se encuentra a disposición de la autoridad judicial que la acordó, aún a pesar de las pautas constitucionales reflejadas por la STC 115/1987 (“*el extranjero respecto a su libertad se encuentra en la plena disponibilidad judicial, que cesará en el momento en que el juez mismo decida la puesta en libertad o en el momento en que la autoridad administrativa solicite del órgano judicial la entrega del detenido para su efectiva expulsión*”). El Juez de Instrucción que autorizó el internamiento, por lo general, ignora las incidencias que ocurrieron durante su duración y el destino del extranjero.

La doctrina⁸⁴³ considera que el Juez de Instrucción no está vinculado por la petición gubernativa, sino que por el contrario, antes de acordar la medida de internamiento, deberá valorar las circunstancias concurrentes en el extranjero⁸⁴⁴. A este respecto, la función judicial en la decisión de internamiento no puede ser meramente automática, sino que debe comprobar los elementos concurrentes en el caso concreto, no los relativos a la

⁸⁴² En ese sentido se apunta por SÁEZ VALCÁRCCEL, R., *La libertad del inmigrante. Un derecho vulnerable*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, 1996, pág. 246.

⁸⁴³ HEREDIA PUENTE, M./ FÁBREGA RUIZ, C., *Medidas cautelares en el Derecho de Extranjería*, Madrid, 1997, págs. 44 y 45.

⁸⁴⁴ Salvo el supuesto de los internamientos decretados como medida provisional en la ejecución de una orden de retorno (artículo 60.1 LO 4/2000 y artículo 156.3 Reglamento de ejecución), los

sustanciación del expediente administrativo, pero sí a las circunstancias personales de seguridad y orden público que justifiquen la privación de libertad.

En un modelo “garantista” el Juez de Instrucción se mueve en una contradicción: la que le impide el conocimiento de la legalidad de la actuación administrativa. Así, se transforma una supuesta garantía en un trámite procesal carente de sentido, en un acto formal que sólo con dificultad y voluntarismo puede llenarse de contenido⁸⁴⁵. Los ejes que definirían un modelo de esa naturaleza son⁸⁴⁶:

1.º Se trata de una medida excepcional, que sólo puede adoptarse una vez que se han agotado otras posibilidades de aseguramiento de la decisión administrativa menos gravosas.

2.º Las peticiones de internamiento deben ser individuales ya que lo exige la ley, que prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros, obligando a la instrucción de expedientes personales⁸⁴⁷.

3.º La policía debe aportar el expediente administrativo o su copia, mecanismo imprescindible para conocer las circunstancias y los datos necesarios, como son: La fecha de entrada en el país, el periodo de estancia, su domicilio, los antecedentes laborales, su familia, amigos, medios económicos, bienes; o por lo menos, la actividad desplegada por la autoridad administrativa

restantes son facultativos, ya que la autoridad administrativa “podrá” solicitar esta medida al Juez de Instrucción y éste “podrá autorizar” ese internamiento.

⁸⁴⁵ ESCUIN PALOP, V., *Régimen jurídico de la entrada y permanencia de extranjeros en España*, Centro de Estudios Constitucionales. Madrid. 1991, pág. 97.

⁸⁴⁶ A este esquema garantista responde el acuerdo de la Junta de Jueces de Instrucción de Madrid de 20 de junio de 1992, que elaboró un protocolo de actuación en la tramitación de las solicitudes de internamiento. Ver también la opinión de HEREDIA PUENTE, M., y FÁBREGA RUIZ, C.F., *Las privaciones de libertad en el campo de la extranjería*, Diario La Ley, de 25 de enero de 1996, pág.2.

⁸⁴⁷ En ese sentido la STC 144/1990, de 26 de septiembre (RTC 1990, 144), que enjuicia un caso de internamiento y expulsión de ocho personas tramitado en un solo expediente de expulsión.

para investigarlos, porque son el soporte fáctico de una correcta decisión para valorar la necesidad y proporcionalidad de la medida cautelar solicitada. También se debe conocer si se han respetado las garantías procesales de instrucción de derechos, audiencia, asistencia letrada y de intérprete (artículo 110 Reglamento de ejecución). Asimismo se dará cuenta de si el expedientado ha estado detenido o internado previamente, para evitar internamientos sucesivos, así como si ha solicitado asilo político y de la condición de refugiado. Finalmente se dará cuenta al Juez de las causas que esgrime la autoridad administrativa para pedir el internamiento del extranjero y la imposibilidad de poner en marcha otras medidas asegurativas menos gravosas para el derecho fundamental.

4.º Si se concede el internamiento la autoridad administrativa habrá de comunicar al Juez las incidencias que se produzcan durante la privación de libertad, solicitar su libertad, cuando no pueda ser expulsado, o su entrega, para llevar a cabo la salida forzosa del país.

5.º Como requisitos procesales deben concurrir: Resolver la petición por medio de resolución motivada, por auto⁸⁴⁸, después de escuchar al extranjero, asistido de Letrado⁸⁴⁹, permitiéndole que alegue y pruebe sobre los hechos relevantes para la decisión.

Dentro de estas premisas sólo podrá decretarse el internamiento después de valorarse:

1.º Si el extranjero se encuentra o no en alguno de los supuestos en los que la ley permite el internamiento, artículo 54.1, a) y b) y artículo 53,

⁸⁴⁸ El Tribunal Constitucional reiteradamente: STC 96/1995, de 19 de junio (RTC 1995, 96), STC 154/1995, de 24 de octubre (RTC 1995, 154), STC 66/1996, de 16 de abril (RTC 1996, 66), STC 86/1996, de 21 de mayo (RTC 1996, 86), ha analizado vulneraciones de la libertad y del derecho a la tutela judicial efectiva por ausencia de motivación en las decisiones del Juez de Instrucción. En todas ellas el Tribunal Constitucional concedió el amparo solicitado.

apartados a), d) y f) LO 4/2000 reformada por LO 8/2000. Aquí se pueden plantear problemas por la dualidad de jurisdicciones, pues, aparentemente un juez penal debería analizar categorías propias del derecho administrativo. No obstante, el Juez de Instrucción debe confrontar los hechos que se imputan al extranjero con las infracciones descritas en los apartados mencionados de la ley, para determinar su compatibilidad a los meros efectos de precisar si son los que habilitan o no a la privación de libertad, sin que ello suponga un exceso en sus competencias. El modelo garantista que estamos describiendo así lo pide. La STC 12/1994⁸⁵⁰, aunque recaída en un proceso de *Habeas Corpus*, en su argumentación, es aplicable al ámbito del internamiento de extranjeros, y supuso una confirmación de esta praxis que autorizaba el control judicial total, frente a la confusión de órdenes jurisdiccionales.

2.º El riesgo o peligro procesal que deba neutralizarse, es decir, el pronóstico sobre la necesidad de privar de libertad cautelarmente al individuo sometido a expediente, para ejecutar la decisión de la autoridad administrativa. Para analizar este punto es necesario saber la situación personal, familiar y laboral del extranjero, si posee bienes o domicilio conocido, a efectos de

⁸⁴⁹ STC 96/1995, de 19 de junio (RTC 1995, 96).

⁸⁵⁰ STC 12/1994, de 17 de enero (RTC 1994, 12). El caso trataba de una mujer peruana que había entrado ilegalmente en España y en un control policial, tras comprobar que carecía de documentación, fue detenida y propuesta su devolución. Una hermana de la detenida formuló demanda de *Habeas Corpus* que se desestimó por el Juez de Instrucción. Este razonaba que carecía de competencia para revisar la decisión administrativa. La Sentencia de amparo rechazaba la argumentación del Juez de guardia, porque para valorar la regularidad de la detención era necesario determinar si el hecho al que se refería el acto administrativo estaba o no previsto en alguno de los supuestos en los que la ley permite la detención de una persona; argumentaba la sentencia: *“Es cierto que la revisión definitiva de este acto administrativo corresponde a los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo, pero el reconocimiento de dicha competencia no exonera totalmente al juez del “Habeas Corpus” de su obligación de controlar la legalidad material de la detención administrativa. Si así no fuera, el control judicial de las detenciones administrativas se convertiría en un acto meramente ritual o simbólico(...) en materia de revisión judicial de la legalidad material de las detenciones administrativas corresponde al Juez del Habeas Corpus”* dictar la primera, en tanto que los Tribunales de lo Contencioso ostentan la última y definitiva palabra”.

determinar la mayor o menor probabilidad de su huida. Con ese conocimiento el Juez llevará a cabo la valoración sobre la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de esa medida a los fines de justificar la privación de libertad.

En otro modelo de Juez de Instrucción, que podemos denominar de “homologación”, se acepta un papel mecánico, adhesivo, de la intervención judicial, en forma de estandarización. Ejemplo de esta práctica se refleja en la STC 96/1995⁸⁵¹, que consideró que la decisión judicial por ausencia de motivación vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva y la libertad personal, además de garantías esenciales del procedimiento, como el derecho de audiencia, de defensa y de asistencia letrada y declaró la nulidad de la resolución citada. También se trata en la STC 21/1996⁸⁵², que afirma “*la improcedencia de declarar la inadmisión del “Habeas Corpus” fundándose en la incompetencia del juez para la fiscalización administrativa de aquellas resoluciones y en la afirmación de que el recurrente no se encontrase ilícitamente internado, precisamente porque el contenido propio de la pretensión que se le presentaba era el de determinar la licitud del internamiento. Con ese fin, el juez debió ponderar el efecto de la pretendida exención de visado y de la demora en la notificación de la expulsión que había sido decretada*”.

⁸⁵¹ STC 96/1995, de 19 de junio (RTC 1995, 96), trata de varios ciudadanos argelinos detenidos y llevados al Grupo de Extranjeros de Zaragoza donde se les abrió expediente de expulsión. La policía solicitó el internamiento respecto a dos de ellos. Los detenidos permanecieron en las dependencias policiales sin que fueran presentados ante el Juez. El mismo día el Juez dictó un auto carente de motivación, sin haber escuchado a los interesados ni a su Letrado, en el que acordaba el internamiento.

⁸⁵² STC 21/1996, de 12 de febrero (RTC 1996, 21), trata sobre la detención de un peruano cuando visitaba las oficinas de la Brigada de Documentación de Sevilla para interesarse por su situación legal, ya que le había sido denegado el asilo y no había recibido respuesta a su petición de exención de visado. Su abogada planteó solicitud de *Habeas Corpus* que fue inadmitida a trámite por el Juez de Guardia.

Asimismo se refleja este modelo en las SSTC 66/1996 y 86/1996⁸⁵³, dictada en procesos de *Habeas Corpus*, donde se recoge que el *Habeas Corpus* en materia de libertad en el Derecho de extranjería es una garantía no sólo esencial, sino muchas veces única, y como garantía específica de la libertad debe contener dos notas: Que el juez compruebe personalmente la situación de la persona que pide el control judicial, poniéndole de manifiesto al detenido, y que el mismo puede formular y proponer alegaciones y prueba. El Tribunal Constitucional reprocha en dichas sentencias la no audiencia a las partes, porque ello supone un desconocimiento del principio de igualdad de armas, considerando vulnerada la libertad del recurrente.

Respecto al carácter automático o discrecional del internamiento, el Tribunal Constitucional en STC 115/1987 dice, en lo que nos interesa: “*el auto debe ser motivado...y tener en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, no a las relativas a la decisión de expulsión en sí misma, sino las concernientes entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación personal, a la probabilidad de su huida, o cualquier otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión, dado que el internamiento del extranjero debe regirse por el principio de excepcionalidad, 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*”.

⁸⁵³ En la STC 66/1996, de 16 de abril (RTC 1996, 66), se recoge la petición de una brasileña que fue detenida por la policía, incoándosele un expediente de expulsión por carecer de medios lícitos de vida. La interesada solicitó *Habeas Corpus* al Juzgado de Guardia de Burgos y aquél no lo admitió a trámite dictando una resolución sin motivación.

La STC 86/1996, de 21 de mayo (RTC 1996, 86), estudia la detención de un argentino por carecer de documentación. El Juez de Guardia de Barcelona no puso en trámite el proceso de *Habeas Corpus*, dictando una resolución impresa, sin individualizar el caso, después de haber comunicado telefónicamente con la Comisaría de Policía para conocer la situación del solicitando y la causa de la detención.

La LO 4/2000, reformada por LO 8/2000 confirma la tesis “garantista” al exponer en el artículo 62, que la Autoridad gubernativa podrá “solicitar” al Juez de Instrucción correspondiente que disponga su ingreso en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador de expulsión. Hay que tener en cuenta que la ley utiliza la palabra “podrá solicitar” de donde se colige que la decisión última, a tenor de la significación gramatical del término “solicitar” corresponderá en última instancia al Juez de Instrucción⁸⁵⁴. A ello hay que añadir la nueva redacción dada al apartado 1 del artículo 62 por LO 11/2003, que introduce el siguiente párrafo: *“El juez, previa audiencia del interesado, resolverá mediante auto motivado, atendidas las circunstancias concurrentes y, en especial, el hecho de que carezca de domicilio o de documentación, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes”*. Queda fuera de toda duda el requisito de que el Juez deberá resolver después de comprobar, entre otros extremos, la existencia de un domicilio conocido y la documentación aportada por la autoridad administrativa.

De todo lo anterior se puede concluir: Que la orden de internamiento no es automática y que el Juez ha de valorar las circunstancias concurrentes y, en especial, si las causas de expulsión son las comprendidas en los apartados a) y b) del apartado 1 del artículo 54, así como a), d) y f) del artículo 53 de la LO 4/2000 reformada por LO 8/2000, y además, si los extranjeros incurso en dichas causas de expulsión no son ninguno de los mencionados en el artículo 57.5 y 6 como personas que no pueden ser expulsadas. Y, por lo tanto, sólo

⁸⁵⁴ La redacción originaria de la LO 4/2000, en el art. 58 decía “propondrá”.

tras comprobar estas premisas podrá el Juez adoptar la medida de internamiento.

B. MOMENTO DE SOLICITUD DEL INTERNAMIENTO

Merece un especial comentario la cuestión de si el internamiento debía adoptarse durante la tramitación del expediente, o sólo cuando éste ya sea firme y se encuentre en fase de ejecución. Algún autor⁸⁵⁵ sostiene que el internamiento, a diferencia de la detención gubernativa, sólo podrá decretarse en fase de ejecución, basándose tal afirmación en el distinto régimen jurídico que establecía la LO 7/1985 según las causas de expulsión. La problemática planteada carece de valor, dado que la redacción del artículo 62 por LO 11/2003, expresamente establece “*en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador, sin que sea necesario que haya recaído resolución de expulsión*”. Ello conduce a estimar que la medida cautelar de internamiento se adopta a fin de garantizar la expulsión posterior del extranjero, es decir, en fase previa, y no en vías de ejecución⁸⁵⁶.

C. MEDIDAS ALTERNATIVAS AL INTERNAMIENTO

Otro tema puntual a destacar se refiere a la posibilidad de acordar una medida cautelar distinta a la del internamiento. Se puede suscitar la duda de si, solicitado el internamiento, el Juez podrá acordar una medida distinta a la anterior. Parece existir unanimidad en la doctrina y en la praxis judicial en

⁸⁵⁵ HEREDIA PUENTE, M./ FÁBREGA RUIZ, C., *Medidas cautelares en el Derecho de Extranjería*, cit., pág. 47.

afirmar la legalidad de que el Juez acuerde una medida distinta al internamiento. Dado que el internamiento cumple la función de garantizar una eventual expulsión, la ley de extranjería se cuida de precisar que el internamiento no se practicará en ningún centro penitenciario; y así entendida, la medida cautelar resulta plenamente ajustada a derecho y al principio de proporcionalidad la adopción de otras medidas distintas a la de internamiento que garanticen la eventual expulsión del extranjero sometido a expediente⁸⁵⁷. La redacción del artículo 61 LO 4/2000, tras la reforma por LO 11/2003 establece que “...el instructor, a fin de asegurar la resolución final que pudiera recaer, podrá adoptar alguna de las siguientes medidas cautelares: a) Presentación periódica ante las autoridades competentes; b) residencia obligatoria en determinado lugar; c) retirada del pasaporte o documento acreditativo de su nacionalidad, previa entrega al interesado de resguardo acreditativo de tal medida; d) detención cautelar, por un periodo máximo de setenta y dos horas, previa a la solicitud de internamiento; e) internamiento preventivo, previa autorización judicial en los centros de internamiento”. Aún cuando la redacción del artículo menciona al “instructor”, éste no se refiere al Juez Instructor, sino al instructor del expediente sancionador, dependiente de la autoridad administrativa. Pero debemos estimar que la potestad de determinar una privación de libertad lleva implícita no sólo la facultad de denegar la medida, sino también la de establecer restricciones intermedias que se ajusten proporcionalmente a las circunstancias del supuesto⁸⁵⁸. Si la autoridad administrativa o policial tiene facultades para aplicar una medida

⁸⁵⁶ En ese sentido JUANES PECES, A., *Medidas cautelares en el Derecho de extranjería*, cit., pág. 38, estima que cualquier otra interpretación vulneraría el espíritu y la letra de la ley.

⁸⁵⁷ JUANES PECES, A., *Medidas cautelares en el Derecho de extranjería*, cit., pág. 39.

más o menos restrictiva de libertad, porque así lo permite la ley, no vemos motivo para considerar que el Juez de Instrucción aplicando el mismo principio de proporcionalidad, como criterio rector a la hora de resolver sobre las medidas a adoptar, acuerde una medida distinta del internamiento, que en todo caso será menos gravosa que el internamiento en centro no penitenciario.

VI. DERECHOS Y GARANTÍAS EN EL INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS

La doctrina del Tribunal Constitucional recoge las garantías del internamiento de extranjeros⁸⁵⁹, debiendo la ley que regula esta privación de libertad establecer con claridad los límites y garantías⁸⁶⁰. Límites que consisten en que la restricción de la libertad del extranjero y su situación se regulen por Ley (artículo 17.1 CE), que en la misma se fijen los tiempos máximos de confinamiento, que esa situación y la decisión administrativa de la que trae causa pueda ser revisada judicialmente, y que se ponga a disposición del extranjero otra serie de garantías legales y humanitarias que le garanticen una puntual y correcta información sobre su situación, la asistencia legal y humanitaria que precise, y el cumplimiento de su internamiento en condiciones dignas.

⁸⁵⁸ TOMÁS ANDREU, G., (*La intervención del Juez penal en el internamiento preventivo de extranjero...*, cit., pág. 90) estima que el Juez podrá someter al extranjero a determinadas medidas de control, como pueden ser las presentaciones periódicas en el Juzgado o en la Comisaría.

⁸⁵⁹ La STC 179/2000, de 26 de junio, FJ 2.º (RTC 2000, 179), establece: "...no puede entenderse como una habilitación al legislador para prever privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada, lo que no significa, como también se precisa en las Sentencias citadas (STC 341/1993 y STC 174/1999), que a estas otras situaciones de privación de libertad les resulte de aplicación necesariamente el plazo de setenta y dos horas previsto en el artículo 17.2 CE".

⁸⁶⁰ STC 162/2001, de 5 de julio (RTC 2001, 162).

Pese a la parquedad de la LO 4/2000 y su Reglamento de ejecución, en la regulación de las garantías de los internamientos, la actual regulación trata de reflejar las pautas constitucionales relativas a las características y los presupuestos mínimos de la medida de internamiento⁸⁶¹. La LO 4/2000 ha acogido el sentido constitucional del internamiento como verdadera puesta a disposición judicial. Vamos a exponer a continuación las características del control y protección jurisdiccional de la decisión de internamiento.

A. DISPONIBILIDAD JUDICIAL DEL EXTRANJERO

El Tribunal Constitucional interpretó la alocución “a su disposición” prevista en la LO 7/1985 en el sentido del artículo 17.2 CE, como una verdadera puesta a disposición judicial, frente a la situación previa a la anterior LO 7/1985, de plena disponibilidad gubernativa sobre la detención de extranjeros⁸⁶². Ello supone que el extranjero, respecto a su libertad a partir de las setenta y dos horas, se encuentra a la plena disponibilidad judicial, que cesará en el momento en que el Juez mismo decida la puesta en libertad o en el momento en que la autoridad administrativa solicite del órgano judicial la entrega del detenido para proceder a su efectiva expulsión⁸⁶³. Por lo tanto el

⁸⁶¹ La STC 115/1987, FJ 1.º, y posteriores resoluciones que han insistido y desarrollado las garantías de la decisión judicial en relación con el internamiento del extranjero pendiente de expulsión, forman un cuerpo de doctrina interpretativo uniforme y reiterado. Por todas, nos referimos a STC 182/1996, de 12 de noviembre (RTC 1996, 182).

⁸⁶² La STC 144/1990, de 26 de septiembre (RTC 1990, 144), establece: “*por lo que se refiere a la intervención judicial para decretar el internamiento autorizado en el artículo 26.2 LO 7/1985, resulta claro que si bien en el procedimiento de expulsión la decisión final sobre la pérdida de libertad corresponde al órgano gubernativo, 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*”.

⁸⁶³ STC 182/1996, de 12 de noviembre, FJ 4.º (RTC 1996, 182).

Juez de Instrucción es pleno garante de la libertad de la persona detenida, siendo incontestable que la decisión de internamiento no es una decisión administrativa sino judicial.

El artículo 60.3 de la LO 4/2000 dice: *“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”*. Y el artículo 153.6 del Reglamento de ejecución reitera lo anterior al disponer: *“El extranjero, durante su internamiento, estará en todo momento a disposición del órgano jurisdiccional que lo autorizó, y la autoridad gubernativa deberá comunicar a aquel cualquier circunstancia en relación con la situación de dicho extranjero internado”*. De la disponibilidad judicial se desprende el deber de vigilancia sobre las condiciones en que se va a llevar a cabo la privación de libertad, que puede ser revocada por el propio Juez que la acordó. A la autoridad judicial compete el control o seguimiento completo del internamiento acordado, velando por el respeto de los derechos fundamentales de los extranjeros, dado que éstos siguen gozando de todos sus derechos salvo el de libertad ambulatoria. Dicha labor comprende, también, la salvaguarda de la observancia de los requisitos que deben reunir los centros de internamiento, como más adelante trataremos. Por ello, el artículo 33.3 de la OM de 22 de febrero de 1999 establece el derecho de los ingresados de formular peticiones o quejas ante el Juez de Instrucción a cuya disposición se encuentren o ante el Ministerio Fiscal.

Se puede plantear aquí, no obstante, el problema del control judicial, ya que el Juez de Instrucción de guardia que decreta el internamiento, a veces a centenares de kilómetros del centro de internamiento donde se halla el

extranjero, difícilmente puede realizar un seguimiento de sus circunstancias. La ley no otorga la posibilidad de atribuir el control del internamiento a otros órganos judiciales más cercanos al Centro, como podría ser el Juez de Instrucción del lugar del centro de internamiento o incluso los jueces de Vigilancia Penitenciaria. Ante esta situación, parece claro que va a ser el Ministerio Fiscal quien ampare la situación de legalidad de los internados⁸⁶⁴.

Por otra parte, la decisión judicial exige la efectiva puesta a disposición del detenido, presentándolo físicamente ante el Juez competente, que será el Juez de Instrucción del lugar de la detención. Así, el artículo 3.2 de la Orden de 22 de febrero de 1999, establece: *“La autoridad gubernativa que solicite autorización de ingreso de un extranjero dispondrá su presentación ante el Juez de Instrucción, junto con aquellos documentos que forman parte del expediente de expulsión”*

B. CONTROL DE LA LEGALIDAD DE LA DETENCIÓN

Para valorar la concurrencia de los requisitos del internamiento, sobre todo en cuanto a la proporcionalidad, deben practicarse las oportunas diligencias que pueda solicitar el detenido y practicarse los medios de prueba oportunos en defensa de sus intereses, actuando el Letrado en ejercicio de su defensa. Los derechos y garantías procesales del extranjero detenido o sometido al internamiento no tienen una especificidad propia, ya que se encuadran dentro de la protección procesal de los derechos fundamentales de la persona. A tenor de los artículos 13.1 CE y 3.1 LO 4/2000 el extranjero es

⁸⁶⁴ MASSÓ GARROTE, M.F., *El nuevo Reglamento de Extranjería*, cit., pág. 213.

titular de los derechos fundamentales y goza de cualquiera de ellos por su expresa regulación en la Constitución, en una ley especial o en un Tratado internacional, por lo que las garantías y derechos que protegen su ejercicio son idénticos al resto de los españoles.

En ese sentido, la STC 144/1990 expresa la necesidad de cumplir “...*lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 18 de junio de 1971 de que toda persona privada de su libertad, con fundamento o no, tiene derecho a un control de legalidad ejercido por un Tribunal y por ello con una garantías comparables a las que existen en las detenciones en materia penal. La intervención judicial no sólo controlará el carácter imprescindible de la pérdida de libertad sino que permitirá al interesado presentar sus medios de defensa, evitando que la detención presente el carácter arbitrario*”.

La remisión del Tribunal Constitucional a las garantías que existen en las detenciones en materia penal puede dar lugar a establecer un paralelismo y comparar el internamiento cautelar del extranjero con la prisión provisional⁸⁶⁵, y su regulación en el artículo 505.1 LECRIM, donde se establece que “*si ninguna de las partes lo instase, el Juez necesariamente acordará la cesación de la detención e inmediata puesta en libertad del detenido*”. Por lo que se puede plantear la hipótesis de si es necesaria la audiencia y petición expresa del internamiento por parte del Ministerio Fiscal, o si, por el contrario, tal medida de internamiento puede ser acordada de oficio por el Juez de Instrucción con la petición previa de la autoridad gubernativa. Pensamos que la iniciativa de parte la cumple en el supuesto de internamiento la autoridad

⁸⁶⁵ En ese sentido DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., *Detención e internamiento de extranjeros: Estatuto Jurídico (II)*, Diario La Ley, número 5423, de 21 de noviembre de 2001, pág. 2.

gubernativa que propone tal medida, no pareciendo razonable exigir la expresa petición del Ministerio Fiscal.

En el artículo 62 de la LO 4/2000, en su redacción originaria, únicamente se establecía que el Juez de Instrucción es el competente para la adopción de esta medida. Sin embargo, no se indicaba qué criterios han de tomarse en consideración de la medida cautelar, ni en qué consiste el objeto de examen judicial, dado que el Juez de Instrucción no tiene competencia para analizar la legalidad de la decisión administrativa, que compete al orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el tema y ha establecido en STC 144/1990: *“El Juez habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurran en el caso, pero no las relativas a la decisión de expulsión, sino las concernientes, entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de huida o a cualquiera otra que estime relevante para adoptar la decisión”*⁸⁶⁶. Así la Ley cumple el presupuesto inexcusable de que esta medida pueda ser acordada o controlada por los jueces. Ahora bien, resulta difícil deslindar con precisión cuál debe ser el contenido del control, pues el Juez de Instrucción carece de competencia para analizar el problema desde la perspectiva contencioso-administrativa y no es fácil sustraer del análisis la legalidad de la decisión administrativa.

La LO 11/2003, de 29 de septiembre, da una nueva redacción al artículo 62.1, disponiendo en su párrafo segundo: *“El juez previa audiencia del interesado, resolverá mediante auto motivado, atendidas las circunstancias concurrentes, y en especial, el hecho de que carezca de domicilio o de*

⁸⁶⁶ STC 144/1990, de 26 de septiembre, FJ 4 (RTC 1990, 144).

documentación, así como la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos administrativos sancionadores pendientes”⁸⁶⁷. Sobre la base de esta norma se puede concluir que los criterios que ha de tomar en consideración el Juez Instructor para resolver sobre la petición administrativa de internamiento son los siguientes:

1.º En primer lugar ha de comprobar la existencia efectiva de expediente administrativo de expulsión o, en su caso, la existencia real de una resolución firme de expulsión no recurrida y que no haya sido objeto de suspensión por un Juez de lo Contencioso-administrativo.

2.º Respecto al expediente de expulsión⁸⁶⁸, debe comprobarse que se han cumplido las garantías previstas en el artículo 63 de la Ley, tales como la necesidad de propuesta de expulsión motivada, traslado al interesado por plazo de 48 horas para alegaciones y asistencia gratuita de Letrado e intérprete. Si se trata de resolución ya firme, deberá acreditarse su notificación al interesado.

3.º Se examinarán las causas administrativas de expulsión, que no son otras que las establecidas en el artículo 54, 1, párrafos a) y b)⁸⁶⁹, así como los párrafos a), d) y f) del artículo 53 LO 4/2000⁸⁷⁰.

⁸⁶⁷ Según la exposición de motivos de la LO 11/2003 “*se trata ahora, mediante la reforma de los apartados 4 y 7 del artículo 57 y del artículo 62.1, de mejorar la regulación actual en materia de expulsión para lograr una coordinación adecuada cuando se produce la tramitación simultánea de procedimientos administrativos y penal*”.

⁸⁶⁸ Este expediente se tramita por el procedimiento preferente (artículo 63 LO 4/2000) y se incoa generalmente con la detención del extranjero, una vez acreditada la situación ilegal en España.

⁸⁶⁹ Artículo 54, 1, a) LO 4/2000 dispone que es infracción muy grave “*participar en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países o estar implicados en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana*”; y b) “*inducir, promover, favorecer o facilitar, formando parte de una organización con ánimo de lucro, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español siempre que el hecho no constituya delito*”.

El Juez de Instrucción no hace un control exhaustivo de legalidad de la actuación administrativa, lo cual compete al Juez de lo Contencioso-administrativo. Debe, analizar si en el expediente administrativo se invoca una causa de expulsión concreta y que ésta es alguna de las que posibilitan la medida de internamiento. También debe controlar que la resolución administrativa es motivada y se asienta en unos hechos determinantes de la expulsión⁸⁷¹.

Por otra parte, el Tribunal Constitucional⁸⁷² ha establecido que debe realizar un inicial control de legalidad, en garantía de los derechos del extranjero, revisando los presupuestos que justifican la actuación administrativa, siquiera sea de forma provisional. En consecuencia, desestimaré la autorización cuando manifiestamente no existan causa administrativa de expulsión o cuando la causa invocada por la Administración sea arbitraria.

C. RESOLUCIÓN JUDICIAL MOTIVADA

⁸⁷⁰ Establece el artículo 53, letra a) como sanción grave: “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 hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente(...) párrafo d) El incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población concentrados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley (...) párrafo f) La participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la LO 1/1992, sobre Protección de la seguridad ciudadana”.

⁸⁷¹ PORRES ORTÍZ DE URBINA, E.,(*Medidas cautelares en el orden penal*, cit., pág. 168) opina que el control de legalidad que debe realizar el Juez de Instrucción es similar al que ha de efectuarse cuando se pide la expulsión de un extranjero que está incurso en una causa por delito.

⁸⁷² STC 21/1996, de 12 de febrero (RTC 1996, 21); STC 66/1996, de 16 de abril (RTC 1996, 66); STC 174/1999 (RTC 1999, 174) y STC 24/2000, de 31 de enero, (RTC 2000, 24).

Es doctrina reiterada del Tribunal Constitucional⁸⁷³ que el derecho a la tutela judicial exige que las resoluciones judiciales sean motivadas y fundadas en Derecho. Y, si bien el deber de motivación de las resoluciones se satisface, en principio, cuando las resoluciones judiciales exteriorizan las razones que fundamentan la decisión, siempre que el razonamiento que en ellas se contiene constituya la aplicación no arbitraria de las normas al caso, no obstante, existen supuestos en los que se exige un específico y reforzado deber de motivación, así sucede en los casos en que la resolución judicial decide sobre una materia conectada con otros derechos fundamentales o libertades públicas o incide de alguna manera en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico⁸⁷⁴.

En consonancia con la doctrina del Tribunal Constitucional⁸⁷⁵, el artículo 62.1 LO 4/2000, reformado por LO 11/2003, recoge expresamente tal

⁸⁷³ STC 214/1999, de 29 de noviembre (RTC 1999, 214); STC 25/2000, de 31 de enero (RTC 2000, 25); STC 5/2002, de 13 de enero (RTC 2002, 5); STC 82/2002, de 22 de abril (RTC 2002, 82).

⁸⁷⁴ STC 116/1998, de 2 de junio (RTC 1998, 116); STC 5/2002, de 14 de enero (RTC 2002, 5); STC 163/2002, de 16 de septiembre (RTC 2002, 163).

⁸⁷⁵ La STC 144/1990, de 26 de septiembre (RTC 1990, 144) contempla la decisión de internamiento adoptada de forma colectiva para un total de ocho detenidos, sin relación alguna entre ellos, con una motivación genérica y sin concreción alguna sobre cada detenido, y se afirma que: *"... Tanto el Juez de Instrucción, como la Audiencia Provincial, no expresan los motivos y las causas en virtud de las cuales acuerdan el internamiento de la detenida, hasta su expulsión del territorio nacional. Esta ausencia de motivación supone, en sí misma, que la privación de libertad de la hoy recurrente así decretada infringe los derechos fundamentales a obtener la tutela judicial efectiva y a la libertad, consagrada en los artículos 24.1 y 17 CE, en cuanto que de las resoluciones judiciales no es posible extraer las razones para justificar la medida excepcional del internamiento adoptada en relación con las circunstancias concurrentes en la hoy solicitante de amparo, y en concreto, sobre si la privación de libertad se decretó teniendo en cuenta la causa de expulsión, tampoco especificada, y la mayor o menor probabilidad de que huyera"*. La STC 96/1995, de 19 de junio (RTC 1995, 96), contempla la falta de motivación de un auto judicial que recoge como fundamentación del internamiento la simple cita de preceptos legales sin más motivaciones, estableciendo: *"... No cabe duda de la falta de motivación del impugnado auto de internamiento de los recurrentes (...) puesto que se ha producido en este caso aquella resolución con la invocación genérica de los preceptos, sin argumentar su aplicación y sin valoración de las circunstancias relevantes..."*. También la STC 182/1996, de 12 de noviembre (RTC 1996, 182) anuló los autos recurridos al constatar la ausencia de motivación de las resoluciones impugnadas, porque éstas se

garantía al establecer: “...*El Juez, previa audiencia del interesado, resolverá mediante auto motivado...*”. El órgano judicial habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, pero no las relativas a la decisión de expulsión en sí misma, 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.

Aunque tal precepto alude tan sólo a los internamientos de extranjeros pendientes de expulsión, la exigencia de motivación en la decisión judicial de internamiento es extensible a los casos de devolución, por la remisión expresa que el artículo 58.5 de la LO 4/2000 efectúa a los expedientes de expulsión.

A través de la motivación en la resolución judicial se permitirá conocer las razones por las que la autoridad judicial ha estimado procedente la restricción de la libertad del extranjero, facilitando su impugnación y el control de tal decisión por un tribunal superior⁸⁷⁶.

D. DURACIÓN DEL INTERNAMIENTO

El Tribunal Constitucional se refiere a la duración máxima del internamiento que será de cuarenta días, si bien podrá acordarse por tiempo inferior, y en todo caso sólo debe acordarse por el tiempo imprescindible para

limitan a transcribir el contenido del artículo de la ley y añadir como motivación la siguiente: “*en cuanto implica la privación de libertad mínima necesaria para la ejecución de la resolución administrativa, está plenamente fundamentada*”.

⁸⁷⁶ Según la doctrina constitucional (STC 33/1999, de 8 de marzo (RTC 1999, 33); STC 14/2000, de 17 de enero (RTC 2000, 14) “*la restricción de la libertad personal requiere una resolución judicial motivada y el canon de la conformidad constitucional de la motivación de las decisiones judiciales que habilitan la restricción de derechos fundamentales es más estricto que el canon de motivación exigido como garantía inherente al derecho a la tutela judicial efectiva*” (STC 169/2001, de 16 de julio, FJ 9 (RTC 2001, 169).

la práctica de la expulsión⁸⁷⁷. La ley respeta estos límites temporales, y en este sentido se recoge en el artículo 62.2 de la LO 4/2000 que establece: “2. *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 previstas en un mismo expediente. La decisión judicial que lo autorice, atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, podrá fijar un periodo máximo de duración del internamiento inferior al citado*”. Como garantía temporal se mantiene la doble limitación tradicional, una cualitativa e incierta (“el internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para los fines del expediente”); otra cuantitativa y cierta (“sin que pueda exceder de los 40 días como periodo máximo”). Ahora bien, el apartado 2 recoge otra limitación temporal, que corresponde al Juez decidir “*atendiendo a las circunstancias concurrentes en cada caso, podrá fijar un periodo máximo de duración del internamiento inferior al citado*”. Es decir, el Juez de Instrucción puede acordar en el Auto que decreta el internamiento una duración inferior al tiempo máximo de cuarenta días.

En el artículo 153.3 y 5 del Reglamento de ejecución se ratifica: “3. *El ingreso del extranjero en un centro de internamiento de carácter no penitenciario no podrá prolongarse por más del tiempo imprescindible para la práctica de la expulsión, devolución o retorno, y la autoridad gubernativa deberá proceder a realizar las gestiones necesarias para la obtención de la*

⁸⁷⁷ En esta línea de límites temporales, el criterio de que la detención no puede durar más allá del plazo estrictamente necesario es aplicable igualmente a las detenciones realizadas en aplicación de los preceptos legales reguladores del internamiento del extranjero pendiente de expulsión. La doctrina constitucional viene reflejada en la STC 86/1996, de 21 de mayo (RTC 1996, 86), que confirma que existe vulneración constitucional en un auto judicial que denegó el amparo a la libertad del detenido cuando ya habían transcurrido más de treinta horas desde la finalización de las diligencias policiales de investigación sin ser puesto a disposición judicial.

documentación que fuese necesaria con la mayor brevedad posible”. “5. La duración máxima del internamiento no podrá exceder de cuarenta días, y deberá solicitarse de 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”.

El artículo 4 de la Orden de 22 de febrero de 1999 complementa lo establecido en la Ley y Reglamento de Extranjería, señalando: *“la permanencia en los centros no podrá prolongarse más allá del plazo indispensable establecido en el auto judicial de ingreso o en su prórroga para la tramitación del expediente administrativo, que tendrá carácter preferente y sumario, y la ejecución de la medida de expulsión, sin que en ningún caso pueda exceder de cuarenta días”.*

En estos preceptos se establece una regla de suma importancia: El internamiento debe durar el tiempo imprescindible para la ejecución de la orden administrativa correspondiente, sin que, en ningún caso, pueda exceder de cuarenta días, por lo que si no se ha agotado el tiempo mencionado puede pedirse una ampliación cuando no se ha podido llevar a cabo la expulsión, siempre que en conjunto no se exceda del plazo señalado. Ello supone que la Administración debe tener una especial diligencia en la consecución de dicha orden, debiendo evitar cualquier pasividad que produzca dilaciones indebidas en la expulsión del extranjero. Al igual que ocurre con las detenciones gubernativas, el internamiento debe durar el tiempo imprescindible para realizar la práctica de las diligencias y la adopción de las medidas correspondientes, sin que pueda exceder en ningún caso de los aludidos cuarenta días. Esa cuarentena debe entenderse como el plazo máximo en el que la Administración puede mantener en régimen de internamiento al

extranjero en el caso de que por razones fundadas la Administración no pueda ejecutar con antelación la pertinente orden de expulsión. Si antes de cumplirse el plazo se tiene constancia de que la práctica de la expulsión no podrá llevarse a cabo, la autoridad gubernativa solicitará de la Autoridad judicial que acordó el internamiento su inmediata puesta en libertad. Lo mismo es aplicable a los supuestos de archivo del expediente sancionador, o de propuesta o imposición de multa en lugar de expulsión.

Cabe también la posibilidad de solicitar otro internamiento por causas diferentes a las que motivaron la incoación del anterior o anteriores expedientes sancionadores, aunque tanto el artículo 62.2 LO 4/2000 como el artículo 3.3 OM de 22 de febrero de 1999, prohíben la adopción de un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en el expediente.

La Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado establece que sí se ha producido una salida del extranjero del centro de internamiento para la ejecución de la expulsión y ésta no se ha podido llevar a efecto, cabe el reingreso del extranjero en dicho centro por el plazo que reste hasta el máximo autorizado judicialmente, siempre que existan motivos fundados para estimar que su expulsión podrá efectuarse durante dicho plazo⁸⁷⁸. En tal hipótesis no se exigirá nueva autorización judicial, bastando con dar cuenta inmediatamente al Juez de dicho reingreso.

Determinar el periodo de internamiento, dependiendo la tramitación del expediente de la Autoridad gubernativa, puede resultar difícil concretar cual sea el plazo adecuado o prudencial. En la práctica se suele otorgar mecánicamente el plazo máximo de duración, aunque ello no sea lo más conveniente, puesto que sólo debe durar el tiempo indispensable, y el

⁸⁷⁸ Artículo 39.1 OM de 22 de febrero de 1999.

expediente administrativo debe tramitarse sin dilaciones⁸⁷⁹. El artículo 63 establece el procedimiento preferente para los supuestos de expulsión con solicitud de internamiento. Las funciones de policía y seguridad en materia de extranjería han sufrido un gran aumento en los últimos años y en ocasiones darle un tratamiento rápido e individualizado no deja de ser una quimera, pero al tratarse de normas cuya aplicación suponen la restricción del derecho fundamental a la libertad, no debería de otorgarse de manera mecánica el plazo máximo legal.

Finalmente, cesará el internamiento en virtud de resolución del Juez de Instrucción a cuya disposición se halle el extranjero; cuando la ejecución de la medida de expulsión se lleve a efecto; por haber transcurrido el plazo establecido en el auto judicial de internamiento o en su prórroga; y por haber transcurrido el plazo máximo de cuarenta días⁸⁸⁰.

E. INTERNAMIENTOS SUCESIVOS

El plazo máximo previsto en la Ley y Reglamento, así como en la Orden Ministerial de 22-2-1999, obliga al establecimiento de controles necesarios para evitar las dobles o sucesivas detenciones e internamientos de una misma persona. En el supuesto de que, transcurrido el plazo máximo de internamiento, el extranjero no fuera expulsado, por dificultades de documentación del extranjero, por carencia de dotación presupuestaria, o por cualquier otra razón, el mismo debe quedar en libertad. Sería un fraude de ley

⁸⁷⁹ La STC 179/2000, de 26 de junio (RTC 2000, 179), reitera que la privación de libertad “no puede durar más que el tiempo que requiera adoptar las medidas necesarias que permitan ejecutar este acto administrativo, lo que determina que no pueda tener una duración mayor que la estrictamente necesaria para proceder a la devolución del extranjero a su país de procedencia, ni tampoco tener una duración que en sí misma puede considerarse que es muy superior a la que en condiciones normales conllevaría la ejecución del acto”.

que, tras una nueva detención, pueda acordarse nuevo internamiento⁸⁸⁰. Cabe decir que no se aborda en la ley la situación de quienes tras ser internados no pueden ser expulsados, a pesar de que ella misma ha pensado en tal posibilidad cuando se refiere a un segundo internamiento, pero sólo cuando se trate de causas diferentes a las recogidas en el primer expediente. Se trata de una variante de una situación general, también sin solución, de inexecución de la expulsión.

La interdicción de los internamientos sucesivos por un mismo expediente exige que, al solicitarse el internamiento por la autoridad gubernativa, se indique si el afectado ha estado ya internado, y la duración del ingreso, así como la causa del expediente (artículo 3.2 OM 22 de febrero de 1999), con ello se evitan situaciones en las que el extranjero permanezca internado más del tiempo establecido al ignorarse si ya ha estado por los mismos hechos sometido a internamiento. Por ello, deberían tenerse todas las cautelas, recabando el expediente policial y toda la documentación que forme parte del mismo.

Sobre la cuestión de los internamientos sucesivos, el artículo 62.2^o LO 4/2000 no permite un nuevo internamiento por las mismas causas, al establecer: “... *no podrá acordarse un nuevo internamiento por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente*”; sin embargo el artículo 3.3 OM de 22-2-1999 establece: “*No podrá solicitarse el ingreso, en virtud de un mismo expediente de expulsión, de extranjeros que previamente han sido objeto de esta medida por el plazo máximo legal. Por el contrario, podrán solicitarse nuevos ingresos de un mismo extranjero en virtud de distintos*

⁸⁸⁰ Artículo 4.2 OM de 22 de febrero de 1999.

⁸⁸¹ En este sentido se expresa DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., *Detención e internamiento de extranjeros...*, cit., pág. 4.

expedientes de expulsión". Con esta regulación parece permitirse los internamientos sucesivos en contra de lo regulado en la LO 4/2000⁸⁸², de la STC 115/1987⁸⁸³ y de la Circular 1/1994 de la Fiscalía General del Estado⁸⁸⁴.

Podríamos distinguir según las distintas causas de incoación de expediente de expulsión entre⁸⁸⁵:

1. Expedientes abiertos por las causas del artículo 53, a) LO 4/2000. Se trataría de una infracción duradera en el tiempo, es decir, el extranjero que carece de documentación se encuentra en un estado permanente de "ilegalidad" que originaría una única causa de expulsión. No pueden coexistir distintos expedientes de expulsión por esta misma causa. La Administración

⁸⁸² La lectura de la Orden Ministerial parece de dudosa legalidad, como así opinan ALARCÓN MOHEDANO I./ DE MARTÍN SANZ, L.V., *La nueva regulación de los Centros de Internamiento*, Revista Tapia, núm. 106, octubre de 1999, pág. 10. Según dichos autores la Orden Ministerial extralimita su función creando figuras jurídicas del reingreso y del internamiento sucesivo, no recogidas ni en la ley ni en el Reglamento, en contra del principio de jerarquía normativa.

⁸⁸³ La STC 115/1987, de 7 de julio de 1987 (RTC 1987, 115) en el fundamento jurídico primero recoge lo siguiente: "Este carácter restringido y excepcional de la medida de internamiento se refleja también en la existencia de una duración máxima, de modo que la medida del internamiento no puede exceder, en ningún caso, de cuarenta días, que es también la duración máxima de la prisión preventiva de los extranjeros prevista en el artículo 16.4 del Convenio Europeo de Extradición de 13 de diciembre de 1957, ratificado por España el 21 de abril de 1982.

Dentro de esta duración máxima podrá el Juez autorizar la pérdida de libertad sin perjuicio de que, en el caso de haberse autorizado una duración menor, pueda la autoridad administrativa solicitar de nuevo del órgano judicial la ampliación del internamiento sin superar, claro está, el tiempo máximo fijado por la ley".

⁸⁸⁴ La Circular 1/1994, de 15 de febrero, establece: "...la experiencia ha puesto de manifiesto, y así lo reconoce el Defensor del Pueblo en un informe remitido a la Fiscalía General, que se dan situaciones anómalas que es preciso corregir, como son: Internamientos sucesivos por plazos de cuarenta días, debido a la falta de coordinación entre las propias autoridades administrativas y las judiciales. Para evitar estas situaciones, los señores Fiscales deberán de ajustarse a lo prevenido en la Instrucción 6/1991 de la Fiscalía General del Estado que expresa las reglas a tener en cuenta por los Fiscales que intervienen en las peticiones de internamiento de extranjeros, y en concreto, la siguiente regla: 6.ª El Juez, al elaborar el criterio sobre la posibilidad del internamiento, ha de tener en consideración el dato de si el extranjero en cuestión ha sido ya internado con anterioridad. Con ello se evita la figura del internamiento sobrevenido o sucesivo".

⁸⁸⁵ Parece razonable la argumentación y distinción efectuada por ALARCÓN MOHEDANO, I./ DE MARTÍN SANZ L.V., (*La nueva regulación de los centros de internamiento de extranjeros*, cit., pág. 12).

no podría incoar un nuevo expediente de expulsión por la misma causa hasta transcurrido el periodo de prescripción.

2. Expedientes abiertos por causas distintas y sucesivas de actividades ilegales o contrarias al orden público. Se trataría de infracciones que se agotan en sí mismas, siendo hechos diferentes. En el supuesto de que la Policía incoe distintos expedientes por cada hecho subsumible en la causa de expulsión tenemos que decir que en cualquier caso del internamiento nunca podrá exceder del límite máximo de los cuarenta días.

Respecto a los internamientos sucesivos no queda claro si la incoación de un expediente de expulsión debe realizarse por todas las causas en que pueda incurrir un extranjero, o cabe la posibilidad de que existiendo infracciones graves y muy graves, sólo se solicite por la de mayor gravedad. De la redacción de la LO 8/2000 nada se deduce. Debería haberse concretado más la prohibición de acordar nuevos internamientos por cualquiera de las causas previstas en un mismo expediente, así como también por cualquiera de las causas en que se hallara incurrido al momento de la incoación del expediente aunque no fuese perseguida por la autoridad gubernativa.

Al respecto, la Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado establece que si al extranjero, puesto en libertad por no haberse podido ejecutar la orden de expulsión, se le incoa un nuevo expediente de expulsión por una causa no contemplada en el primer expediente, sí resultará posible la solicitud y, en su caso, la autorización del un nuevo internamiento.

Conforme a lo anterior, el extranjero sujeto a orden de devolución en la hipótesis del artículo 58.2, a) LO 4/2000, una vez internado para ejecutar dicha resolución administrativa, no podrá ser objeto de nuevo internamiento cuando no se haya podido llevar a cabo, durante el primer internamiento, la

devolución acordada. Excepcionalmente, y para cualquier supuesto, de no haberse agotado el plazo legal de los cuarenta días durante un primer internamiento, sí resultará posible acordar un nuevo internamiento por la misma causa u otra del mismo expediente, cuya duración máxima no podrá exceder del tiempo que reste hasta completar los cuarenta días.

Otra cuestión se refiere a la figura del “reingreso”, regulada en el artículo 39 de la OM 22-2-1999, que establece: “1. Cuando la salida del extranjero ingresado se hubiera verificado para la ejecución de una sanción de expulsión y finalmente ésta por cualquier causa no hubiera podido llevarse a efecto mediante la salida del mismo del territorio español, se procederá a su reingreso en el Centro de internamiento de Extranjeros, por el plazo que reste hasta el máximo autorizado legal o judicialmente, siempre que existan motivos fundados para estimar que su expulsión podrá efectuarse durante dicho plazo. De todo ello se dará cuenta inmediatamente a la autoridad judicial”. Parece desprenderse la posibilidad del reingreso al establecer: “...se procederá a su reingreso en el Centro de Internamiento de Extranjeros...”⁸⁸⁶.

Sin embargo, una lectura completa del citado artículo en ningún caso autoriza a entender que el legislador ha previsto reingresos al margen del control judicial y que permitan excederse del plazo máximo legal del internamiento. Ningún problema de legalidad se tiene que plantear ni de exceso de tiempo de internamiento ni de ausencia de control judicial, pues el reingreso sigue predefinido y afectado por la propia orden judicial de internamiento, con su

⁸⁸⁶ La lectura de la Orden Ministerial parece de dudosa legalidad, como opinan ALARCÓN MOHEDADO, I. /DE MARTÍN SANZ, L.V., (*La nueva regulación de los centros de internamiento*, cit., pág. 12). Según dichos autores la Orden Ministerial extralimita su función creando figuras jurídicas del reingreso y del internamiento sucesivo, no recogidas ni en la ley ni en el Reglamento, en contra del principio de jerarquía normativa.

duración concreta o de plazo máximo de cuarenta días⁸⁸⁷. Doctrinalmente⁸⁸⁸ se ha distinguido entre la figura de prórroga del internamiento y la del reingreso: En la prórroga se trata de una “solicitud a la autoridad judicial”, mientras que en el reingreso se dice que simplemente se “dará cuenta”. Parece, por tanto, que se trata de una mera comunicación sin necesidad de aprobación por parte del Juez competente. Esta situación supone una arbitrariedad de la Administración, al dejar en manos de la autoridad gubernativa la decisión sobre el nuevo ingreso del extranjero, en contra de lo dispuesto en el artículo 25.3 CE, que prohíbe a la Administración imponer sanciones que directa o indirectamente impliquen privación de libertad. La situación jurídica de libertad del extranjero sólo podrá ser modificada observando todas las garantías que establecen las leyes y la Constitución.

F. EL DERECHO DE “HABEAS CORPUS” DEL EXTRANJERO

Se trata de determinar si el extranjero sujeto a una medida preventiva de privación de libertad, a fin de una eventual y posterior expulsión, puede interponer el proceso de *Habeas Corpus* en los supuestos que la LO 6/1984 establece. La dificultad de acudir a dicho proceso deriva de que sólo se puede plantear contra detenciones acordadas por la Policía o la Autoridad gubernativa, no contra las resoluciones judiciales que así lo acuerden⁸⁸⁹.

⁸⁸⁷ DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., *Detención e internamiento de extranjeros...*, cit., pág. 4.

⁸⁸⁸ ALARCÓN MOHEDANO, I./ DE MARTÍN SANZ, L.V., (*La nueva regulación de los centros de internamientos de extranjeros*, cit., pág. 12) estiman que el reingreso, como nueva figura jurídica, se convierte en detención ilegal, ya que la Orden Ministerial no hace mención al desplazamiento a la Comisaría de Policía, ni lectura de derechos, ni asistencia de letrado, ni puesta a disposición del Juez en el plazo máximo de 72 horas.

⁸⁸⁹ STC 122/2004, de 12 de julio (RTC 2004, 122) que en su fundamento jurídico 3.º establece: “Por lo que respecta a la existencia de una situación de privación de libertad, como presupuesto para la admisibilidad del “Habeas Corpus”, se ha reiterado que debe cumplirse una doble

El Tribunal Constitucional afirma reiteradamente que el *Habeas Corpus* es aplicable a todos los supuestos de privación de libertad contra extranjeros en el marco de las medidas cautelares⁸⁹⁰. Respecto a la detención gubernativa la doctrina del Tribunal Constitucional es unánime, así SSTC 21/1996, 66/1996 y 86/1996⁸⁹¹, que contemplan supuestos de resoluciones judiciales que denegaban la solicitud de *Habeas Corpus* frente a la detención acordada previa al internamiento. Y más reciente la Sentencia 174/1999 que recuerda la

exigencia. Por un lado, que la situación de privación de libertad sea real y efectiva, ya que, si no ha llegado a existir tal situación, las reparaciones que pudieran proceder han de buscarse por las vías jurisdiccionales adecuadas, de tal modo que "cuando el recurrente no se encuentra privado de libertad, la misma podía ser denegada de modo preliminar, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6 de la LO 6/1984, puesto que en tales condiciones no procedía incoar el procedimiento". Y por otra parte, que la situación de privación de libertad no haya sido acordada judicialmente, ya que sólo en estos supuestos tendría sentido la garantía que instaura el artículo 17.4 CE de control judicial de la privación de libertad, de modo que es plenamente admisible el rechazo limitar de la solicitud de "Habeas Corpus" contra situaciones de libertad acordadas judicialmente".

⁸⁹⁰ La citada STC 122/2004, de 12 de julio (RTC 2004, 122) reitera: "Este Tribunal ya ha afirmado que tienen el carácter de situaciones de privación de libertad no acordadas judicialmente y, por tanto, que con independencia de su legalidad, no pueden ser objeto de rechazo liminar las solicitudes de "Habeas Corpus" dirigidas contra ellas, las detenciones policiales, las detenciones impuestas en materia de extranjería o las sanciones de arresto domiciliario impuestas en expedientes disciplinarios por las autoridades militares".

⁸⁹¹ STC 21/1996, de 12 de febrero (RTC 1996, 21), que establece: "la situación de ilegal detención, arresto o internamiento, o sea, de privación de libertad, constituye obligado presupuesto de la solicitud de "Habeas Corpus"... Ante una detención, aunque venga acordada como aquí, por el funcionario administrativo que ostenta competencia, si existe duda alguna en cuanto a la legalidad de sus circunstancias..., las de detención preventiva previa a la expulsión, ya que el Juez del "Habeas Corpus" debe controlar la legalidad material de la detención administrativa, es decir, que ésta estuviera o no incluida dentro de alguno de aquellos casos en que la ley permite privar de libertad a una persona porque del ajuste o no a la Constitución y al ordenamiento jurídico de aquel acto administrativo dependía el reconocimiento o la vulneración del derecho a la libertad y la legalidad o no de la detención"; STC 66/1996, de 16 de abril (RTC 1996, 66), que afirma: "ha de recordarse que el procedimiento de "Habeas Corpus" es una garantía procesal específica prevista por la Constitución para la protección del derecho fundamental a la libertad personal cuyo acceso no puede ser en modo alguno denegado sin que a la persona que acuda al mismo no se le haga saber la precisa razón legal de dicha denegación, so pena de incurrir el órgano judicial que así proceda en una vulneración del derecho a obtener una resolución judicial motivada..."; y STC 86/1996, de 21 de mayo (RTC 1996, 86), que establece: "... en el momento de denegarse la incoación el Sr... se encontraba sujeto a detención gubernativa cautelar que no había sido sometida a mandamiento o autorización judicial; y, en cualquier caso, la detención policial ha de respetar el bloque de competencia judicial existente en materia de libertad individual, incluyendo el derecho de "Habeas Corpus"...".

doctrina del Tribunal Constitucional sobre el proceso de *Habeas Corpus* como garantía en las detenciones en materia de extranjería, al establecer en su fundamento jurídico 4.º: “...debe advertirse que las leyes administrativas contemplan la compulsión personal como una forma de ejecución forzosa de resoluciones administrativas. Es claro que la ejecución forzosa de una orden de devolución (que actualiza una obligación de no entrar en territorio español adoptada previamente mediante resolución administrativa y sin necesidad de realizar un nuevo expediente administrativo) sólo puede tener lugar mediante la sujeción y conducción física del sujeto hasta su salida del territorio nacional(...). La situación jurídica de ejecución forzosa de una “orden de devolución” legitima un estado de compulsión en la “zona de rechazados” de un aeropuerto, pero no excluye por sí y “a limine litis” el procedimiento de “Habeas Corpus” como garantía procesal aplicable a todos los supuestos de privación de libertad no acordada por el Juez (STC 21/1997, fundamento jurídico 6.º). De manera que ante una situación fáctica de compulsión o sujeción personal será función del Juez del “Habeas Corpus” comprobar si existe propiamente una “orden de devolución” o si, por no concurrir aquella resolución administrativa, se trata de una situación de detención preventiva(...). Hemos destacado que este procedimiento tiene como objeto propio el juicio “sobre la legitimidad de la situación de privación de libertad” (STC 21/1996, FJ 4.º), el control de la “legalidad material de la detención administrativa” (STC 66/1996, FJ 3º). Por ello hemos reiterado que esta decisión de fondo no puede adoptarse en el trámite de admisión, es decir, sin la previa comparecencia y audiencia de la persona privada de libertad, ya que la finalidad última del referido procedimiento radica, precisamente, en la puesta en presencia del Juez de toda persona privada de libertad que

denuncie la ilegalidad de la privación de libertad de la que es objeto (STC 86/1996, FJ 12.º)”.

Ahora bien, el proceso de *Habeas Corpus* planteado durante el internamiento autorizado puede resultar discutible, pues no puede ser puesto a disposición judicial quien ya lo está. Con sujeción a la literalidad de la ley la respuesta ha de ser negativa, porque la propia normativa reguladora del *Habeas Corpus* excluye a las resoluciones judiciales como objeto de dicho proceso, y es claro que el auto del Juez de Instrucción acordando el internamiento constituye una verdadera resolución judicial. Al ser ello así, el internado podrá recurrir contra el auto del Juez conforme al sistema de recursos ordinarios, pero no interponer una demanda de *Habeas Corpus*⁸⁹². Ahora bien, agotada la vía judicial ordinaria, el objeto de la medida cautelar, podrá acudir en amparo ante el Tribunal Constitucional, como se demuestra en la práctica.

Según el Tribunal Constitucional la persona extranjera internada en un Centro de internamiento está a “la plena disponibilidad” del Juez de Instrucción, luego mal puede ponerse a disposición de otro Juez, como prevé el artículo 8.2 LO 6/1984, que establece: “c) *Que la persona privada de libertad sea puesta inmediatamente a disposición judicial, si ya hubiere transcurrido el plazo legalmente establecido para su detención*”. O bien, si ha transcurrido el plazo de cuarenta días, lo único procedente es la inmediata

⁸⁹² JUANES PECES, A., (*Medidas cautelares en el Derecho de extranjería*, cit., pág. 41) estima que contra los autos judiciales de internamiento no podrá acudirse al proceso de *Habeas Corpus*, lo que no excluye que el Juez no pueda incumplir alguno de los requisitos exigidos para adoptar la medida de internamiento. De existir estos, la vía de corrección será: 1.º el de los recursos ordinarios, y 2.º. El recurso de amparo.

libertad, es decir, el supuesto a) de dicho artículo: “a) *La puesta en libertad del privado de ésta, si lo fue ilegalmente*”, pero no la del apartado c)⁸⁹³.

Si se da esta solución, “*la puesta en libertad del privado de ésta*”, se plantean varios problemas: la privación de libertad fue acordada por un Juez de Instrucción, a cuya disposición se mantiene, luego difícilmente puede admitirse una resolución judicial que solucione la privación (ilegal) de libertad por otro órgano judicial. El único supuesto imaginable es el de transcurso del plazo, con lo que estamos en el supuesto anterior, denunciable ante el propio Juez que acordó el internamiento.

Por el contrario, sí que es imaginable la resolución a que se refiere el apartado b) del artículo 8.2 LO 6/1984: “b) *Que continúe la situación de privación de libertad de acuerdo con las disposiciones legales aplicables al caso, pero, si lo considerase necesario, en establecimiento distinto, o bajo la custodia de personas distintas de las que hasta entonces la detentaban*”⁸⁹⁴. Podría ser el supuesto de que un extranjero en calabozos de un centro policial, o en dependencias de un puesto fronterizo, por falta de otro lugar para su retención, sea trasladado a otro lugar más apropiado o a un centro de internamiento cuando haya posibilidad de ello.

También doctrinalmente⁸⁹⁵ se apoya la posibilidad de acudir al *Habeas Corpus* en el supuesto de internamiento, al no tratarse de privaciones de libertad de origen y naturaleza judicial, sino, administrativa, por mucho que

⁸⁹³ En ese sentido THOMAS ANDREU, G., *La intervención del Juez Penal en el internamiento preventivo del extranjero. La autorización judicial para expulsar extranjeros encartados en determinados delitos...*, cit., pág. 93.

⁸⁹⁴ Este supuesto se dio en el Juzgado de Instrucción num. 3 de Barcelona, ante una situación de hacinamiento de extranjeros internados en los calabozos de la Jefatura Superior de Policía, y planteada una petición de “*Habeas Corpus*” por uno de ellos, resolvió el traslado de todos ellos a locales que cumplieran los mínimos exigibles por la dignidad de la persona humana, y finalmente al Centro de Internamiento de Extranjeros.

⁸⁹⁵ VILLANUEVA MENÉNDEZ, I., *Extranjeros e inmigración: Aspectos jurídicos y ...*, cit., pág. 197.

ese confinamiento requiera de autorización judicial⁸⁹⁶. Quizás el *Habeas Corpus* cumpla en este caso una función diversa al ordinario, ya que el extranjero podrá activar mediante su empleo el control judicial sobre la duración y condiciones del internamiento. Ese podría ser el caso de exceder el internamiento su duración máxima y no haber actuado de oficio el Juez que hubo decretado el internamiento, obteniendo de este modo su intervención ya que lo probable es que sea él quien conozca de la demanda en cuestión (artículo 2 LO 6/1984).

VII. SUPUESTOS DE INTERNAMIENTO DE EXTRANJEROS

A diferencia de la LO 7/1985 que únicamente contemplaba el internamiento de extranjeros sometidos a expediente de expulsión, la LO 4/2000, reformada por LO 8/2000, recoge también la posibilidad de internamiento para los casos de retorno, devolución y por incumplimiento de la orden de expulsión (artículos 58.5, 60, 62.1 y 64.1 LO 4/2000). En desarrollo de las previsiones legales establece el artículo 153.2 del Reglamento de Ejecución: *“Sólo se podrá acordar el internamiento del extranjero cuando concurra alguno de los siguientes supuestos:*

a) Que haya sido detenido por encontrarse incurso en alguno de los supuestos de expulsión de los párrafos a) y b) del apartado 1 del artículo 54, así como los párrafos a), d) y f) del artículo 53 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero.

⁸⁹⁶ En ese sentido STC 53/2002, de 27 de febrero (RTC 2002, 53).

b) *Que se haya dictado resolución de retorno y ésta no pueda ejecutarse dentro del plazo de setenta y dos horas, cuando la autoridad judicial así lo determine.*

c) *Cuando se haya dictado acuerdo de devolución de conformidad con lo establecido en el presente Reglamento.*

d) *Que se haya dictado resolución de expulsión y el extranjero no abandone el territorio nacional en el plazo que se le haya concedido para ello.”*

Este precepto del Reglamento de Ejecución de 2004 transcribe lo previsto en el artículo 127.2 del anterior Reglamento de ejecución de 2001, que vino a colmar la laguna existente en el artículo 62 de la LO 4/2000, puesto que, éste se refería únicamente al internamiento preventivo decretado en los procedimientos sancionadores en los que se haya formulado una propuesta de expulsión⁸⁹⁷. El artículo 153.2 del Reglamento de ejecución contiene una enumeración taxativa de los supuestos en los que resulta procedente, al disponer que “sólo” se podrá acordar el internamiento del extranjero cuando concurra alguno de los supuestos que contempla. En definitiva, el legislador por vía reglamentaria ha querido subsanar las posibles deficiencias de la ley⁸⁹⁸.

⁸⁹⁷ VILLANUEVA MENÉNDEZ, I., (*Extranjeros e inmigración: Aspectos jurídicos y...*, cit., pág. 192), duda sobre el rango normativo de la norma que para el caso de las devoluciones habilita al Juez para acordar el internamiento, estimando que no parece que una norma reglamentaria sea la adecuada para establecer restricciones a la libertad personal del artículo 17.1 CE.

⁸⁹⁸ DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., (*Detención e internamiento de extranjeros: Estatuto jurídico (I)*, cit., pág. 4), expone, como antecedente a la reforma introducida en el Reglamento de ejecución, la interpretación judicial que se efectuó por el Juzgado de Instrucción num. 5 de Algeciras, en auto de 31 de agosto de 2001, que fundamenta que el internamiento en los supuestos de devolución por entrada ilegal al amparo del artículo 58, b) no se encuentra previsto en norma con rango de ley. Por tanto, dispone dejar sin efecto la medida, ya que “según la doctrina del Tribunal Constitucional, los preceptos legales deben interpretarse de la forma más favorable para la efectividad de los derechos fundamentales y no cabe duda de que la medida de internamiento afecta a un derecho fundamental”. La decisión judicial comentada es controvertida y admite otros argumentos jurídicos,

Vamos a tratar más detenidamente cada supuesto de internamiento.

A. INTERNAMIENTO EN UN PROCEDIMIENTO DE EXPULSIÓN

El apartado 1 del artículo 62 LO 4/2000 recoge los supuestos en que procede proponer al Juez dicha medida con motivo de la incoación de un procedimiento de expulsión, en los siguientes términos: *“Cuando el expediente se refiera a extranjeros por las causas comprendidas en las letras a) y b) del apartado 1 del artículo 54⁸⁹⁹, así como a), d) y f) del artículo 53, en el que se vaya a proponer la expulsión del afectado, la autoridad gubernativa podrá proponer al Juez de Instrucción competente que disponga su ingreso en un centro de internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador. La decisión judicial en relación con la solicitud de internamiento del extranjero pendiente de expulsión se adoptará en auto motivado, previa audiencia del interesado”⁹⁰⁰.*

como, por ejemplo, si el legislador habilita para lo más también habilita para lo menos; o bien, que bastaría con abrir expediente de expulsión, aunque el artículo 58.2 de la LO 4/2000 no lo considera preciso y así, habilitar la premisa legal del artículo 62 para el internamiento. Precisamente, esta argucia legal fue utilizada por la autoridad gubernativa que ordenó incoar expediente de expulsión a 48 nigerianos, en virtud del artículo 53, a) por “encontrarse irregularmente en territorio español”. Una acción que según la propia LO 4/2000, está sancionada con la devolución y el internamiento hasta 72 horas, mientras se procede a la repatriación, pero en ningún caso con la expulsión.

⁸⁹⁹ Artículo 54.1 LO 4/2000: *“Son infracción muy graves: a) Participar en actividades contrarias a la seguridad exterior del Estado o que puedan perjudicar las relaciones de España con otros países, o estar implicado en actividades contrarias al orden público previstas como muy graves en la LO 1/1992, de 21 de febrero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana; b) Inducir, promover, favorecer o facilitar, formando parte de una organización con ánimo de lucro, la inmigración clandestina de personas en tránsito o con destino al territorio español siempre que el hecho no constituya delito”.*

⁹⁰⁰ El artículo 53 LO 4/2000 establece: *“Son infracciones graves: a) 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 hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente; d) el incumplimiento de las medidas impuestas por razón de seguridad pública, de presentación periódica o de alejamiento de fronteras o núcleos de población*

La actual redacción dada al artículo 62 de la ley amplió en un solo supuesto, aunque importante, el ámbito de aplicación de la medida de internamiento, en relación con la anterior legislación, artículo 26.2 LO 7/1985. La nueva regulación admite el internamiento preventivo para los inmigrantes que se encuentren: *“irregularmente en territorio español, por no haber obtenido o tener caducada más de tres meses la prórroga de estancia, la autorización de residencia o documento análogo, cuando fueren exigibles, y siempre que el interesado no hubiere solicitado la renovación de los mismos en el plazo previsto reglamentariamente”*. El supuesto es de gran relevancia práctica si se llevara a efecto realmente, lo que no parece ni pensable socialmente, ni posible económica y organizativamente, como muestra la realidad actual⁹⁰¹.

El citado artículo alude a la posibilidad de solicitar dicha medida durante la sustanciación del expediente en el que se formula propuesta de expulsión, antes de que recaiga la resolución que ponga fin al citado expediente. Es decir, no basta con que en abstracto sea susceptible de ser sancionada una determinada infracción, incluida dentro del ámbito del artículo 62.1, con expulsión, sino que en el caso concreto, en atención a las

concretados singularmente, de acuerdo con lo dispuesto en la presente ley; f) la participación por el extranjero en la realización de actividades contrarias al orden público previstas como graves en la LO 1/1992, de 21 de febrero, de Protección de la Seguridad Ciudadana”.

⁹⁰¹ MONEREO PÉREZ, J.L./ MOLINA NAVARRO, C., (*Comentarios a la ley y al Reglamento de Extranjería*, cit., pág. 866) anotan que a diferencia de lo que sucedía en la versión originaria, redacción dada en la LO 7/1985, favorable a la regularización en todo caso de los inmigrantes “sin papeles” pero estables y no responsables de ningún altercado de orden público, la versión reformada por LO 4/2000, admite el internamiento cautelar también para aquellos inmigrantes que se encuentren irregularmente en territorio español.

circunstancias concurrentes, quepa confiar racionalmente en que tal sanción va a ser finalmente la propuesta a la vista de las mismas⁹⁰².

Hay que destacar que la solicitud de internamiento en este supuesto es facultativa por parte de las autoridades gubernativas, en ese sentido se expresa el apartado 1 del artículo 62: “*podrá proponer al Juez de Instrucción...*”, sin que pueda entenderse que tiene carácter obligatorio, ni que deba aplicarse en la generalidad de los casos, aunque el extranjero se encuentre en alguno de los supuestos mencionados. En todo caso, la propia ley, artículo 61, permite adoptar otras medidas durante la tramitación del expediente sancionador, como la presentación periódica ante las autoridades competentes o la residencia obligatoria en determinado lugar⁹⁰³.

El legislador limita la posibilidad de acordar el internamiento cuando se refiera a extranjeros incurso en las causas de expulsión comprendidas en las letras a) y b) del artículo 54.1 y a), d) y f) del artículo 53 LO 4/2000, siempre que los extranjeros no sean nacionales de los Estados miembros de la Comunidad Europea ni de los Estados incorporados al Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo⁹⁰⁴. En consecuencia, en ningún caso procederá el internamiento en los demás supuestos contemplados en los citados artículos de

⁹⁰² MOLINA NAVARRETE, C., (*Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería*, cit., pág. 866) estima que, en realidad, estamos ante la concreción del principio más general, aplicado en el campo de las medidas cautelares, como principio de “apariencia de buen derecho” o “*fumus boni iuris*”.

⁹⁰³ Estadísticamente, según fuentes de la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación de Valencia, dependiente de la Jefatura Superior de Policía de la Comunidad Valenciana, el número de expedientes incoados para la expulsión de extranjeros en el año 2003, fueron 1003, de los cuales se propuso la expulsión en 959; en el año 2004 se incoaron 1539 expedientes de expulsión y se realizaron 1271 propuestas de expulsión.

⁹⁰⁴ Respecto de los ciudadanos comunitarios o nacionales de alguno de los Estados incorporados a dicho Acuerdo, habrá que tener en cuenta el régimen contenido en el Real Decreto 766/1992, de 26 de junio (RCJ 1992/1469, 2450), sobre Entrada y Permanencia en España de nacionales de Estados miembros de las Comunidades Europeas que reduce, de modo importante, la posibilidad de adoptar medidas de expulsión.

la Ley, por lo que el procedimiento administrativo de expulsión habrá de tramitarse en estos casos sin la adopción de esta medida preventiva.

En esta línea, la Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado enumera algunos supuestos en que no procede el internamiento de extranjero:

a) La comisión de una infracción penal, supuesto subsumible en el concepto amplio de actividad contraria al orden público, no resulta incardinable en las causas de expulsión contenidas en los artículos 53, f) y 54.1,a), al no estar incluida en el catálogo de infracciones graves o muy graves de la LO 1/1992 de Protección de la Seguridad Ciudadana, lo que impedirá la tramitación de un expediente de expulsión amparado en tales preceptos. Así se desprende del artículo 32.2 de la citada Ley 1/1992, que establece que cuando dichas conductas pudieran revestir los caracteres de infracción penal, se remitirán los antecedentes al Ministerio Fiscal, y la resolución definitiva del expediente administrativo sólo podrá producirse cuando sea firme la resolución penal.

b) Tampoco es posible autorizar el internamiento respecto del extranjero expulsado por haber 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, dado que tal causa de expulsión prevista en el artículo 57.2 LO 4/2000 no conlleva la posibilidad de internamiento conforme al artículo 62.

c) Finalmente no será posible autorizar el internamiento en aquellos casos en los que el extranjero es detenido por estar indocumentado, pues ello constituiría una infracción administrativa contenida en la LO 1/1992 y no una causa de expulsión, salvo que se acredite por otros medios (transcurso de plazos legales sin haber obtenido o tener caducada la prórroga de estancia,

autorización de residencia u otros documentos análogos) que se encuentra irregularmente en España en los términos del artículo 53, a) LO 4/2000.

B. INTERNAMIENTO EN CASO DE INCUMPLIMIENTO DE LA ORDEN DE EXPULSIÓN

Existen otros supuestos en la LO 4/2000 que habilitan a la Autoridad Gubernativa, para solicitar y obtener del Juez la autorización para el internamiento, si bien no como medida preventiva previa a una decisión administrativa determinante de la salida obligatoria, sino como medida para asegurar la ejecución forzosa de la misma. Estos supuestos se dan respecto de las órdenes de devolución, de los acuerdos gubernativos de retorno, y de la propia orden de expulsión (artículo 153.2, d, Reglamento de ejecución).

El internamiento en caso de incumplimiento de la orden de expulsión se contempla en el artículo 64.1 LO 4/2000 que establece: *“Una vez notificada la resolución de expulsión, el extranjero vendrá obligado a abandonar el territorio español en el plazo que se fije, que en ningún caso podrá ser inferior a las setenta y dos horas, excepto en los casos en que se aplique el procedimiento preferente. En caso de incumplimiento se procederá a su detención y conducción hasta el puesto de salida por el que se haya de 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 de cuarenta días”*. En el mismo sentido se recoge en el artículo 153.2, d) del Reglamento de ejecución.

Este supuesto de internamiento presupone, a diferencia del anterior, la existencia de una resolución administrativa de expulsión ya dictada, habiendo finalizado la tramitación del expediente administrativo y notificada al extranjero la resolución de expulsión. Si el procedimiento administrativo donde se ha dictado la orden de expulsión no ha tenido carácter preferente o, teniéndolo, el extranjero no se encuentra internado, se fijará el plazo en el que el extranjero vendrá obligado a abandonar el territorio español, que, en ningún caso, podrá ser inferior a las setenta y dos horas (artículo 141.7 del Reglamento de ejecución). Si se incumple dicho plazo de salida voluntaria por el extranjero, se procederá a hacer efectiva su expulsión y, si ésta no puede ejecutarse en el plazo de setenta y dos horas, se puede solicitar el internamiento, cuyo fin, aquí, es el aseguramiento de la ejecución de la orden de expulsión⁹⁰⁵.

La LO 14/2003, de 20 de noviembre, que reforma la LO 4/2000, renumera el artículo 64.4, precisando que *“se suspenderá la ejecución de la resolución de expulsión cuando se formalice una petición de asilo, hasta que se haya inadmitido a trámite o resuelto, conforme a lo dispuesto en la normativa de asilo”*⁹⁰⁶. Al respecto, hay que tener en cuenta la previsión contenida en el apartado 5 del artículo 64, donde se contempla la no exigencia

⁹⁰⁵ Establece el artículo 141.7, segundo párrafo, del Reglamento de ejecución: *“Transcurrido dicho plazo sin haber abandonado el extranjero el territorio nacional, los funcionarios policiales competentes en materia de extranjería procederán a su detención y conducción hasta el puesto de salida por el que haya de hacerse efectiva la expulsión. Si la expulsión no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas desde el momento de la detención, el instructor o el responsable de la unidad de extranjería del Cuerpo Nacional de Policía ante la que se presente el detenido podrá solicitar de la autoridad judicial el ingreso del extranjero en los centros de internamiento establecidos al efecto. El periodo de internamiento se mantendrá por el tiempo imprescindible para ejecutar la expulsión, que no podrá prolongarse en ningún caso más allá de cuarenta días, o hasta que se constate la imposibilidad de ejecutarla en dicho plazo. No podrá acordarse un nuevo internamiento sobre la base del mismo expediente de expulsión”*.

⁹⁰⁶ Artículo 17 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.

de incoación de expediente de expulsión “para proceder al traslado, escoltados por funcionarios”, de los solicitantes de asilo, cuya petición haya sido inadmitida a trámite por ser responsable otro Estado de su examen. Algún autor⁹⁰⁷ considera que estos traslados constituyen verdaderas detenciones, por lo que deberían ser puestos en conocimiento de la autoridad judicial cuando no pueda completarse la ejecución en el término de las setenta y dos horas establecido en el artículo 17 CE.

También la LO 14/2003 ha añadido un nuevo supuesto de internamiento para el extranjero, detenido en España, pendiente de ejecutar una orden de expulsión por un Estado de la Unión Europea; el párrafo añadido al artículo 64 es el número 3, que dice: *“Cuando un extranjero sea detenido en territorio español y se constate que contra él se ha dictado una resolución de expulsión por un Estado miembro de la Unión Europea, se procederá a ejecutar inmediatamente la resolución, sin necesidad de incoar nuevo expediente de expulsión. Se podrá solicitar la autorización del Juez de Instrucción para su ingreso en un centro de internamiento, con el fin de asegurar la ejecución de la sanción de expulsión, de acuerdo con lo previsto en la presente Ley”*.

C. INTERNAMIENTO EN CASO DE RETORNO

Este supuesto de internamiento tiene lugar cuando se ha dictado una resolución administrativa de retorno y éste no puede ser ejecutado en el plazo

⁹⁰⁷ CAMPO CABAL, J.M., *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Madrid, 2001, pág. 469. Cita dicho autor la STC 174/1999, de 27 de septiembre, en la que se señala que si a la situación de compulsión personal en la “zona de rechazados” no procede una orden actual de expulsión o devolución, la situación sólo puede calificarse de detención preventiva, aplicándose en consecuencia el límite máximo de setenta y dos horas contadas desde el inicio de la situación de privación de libertad.

de setenta y dos horas, tal como disponen los artículos 60 LO 4/2000 y 153.2,b) y 156 del Reglamento de ejecución.

El retorno se refiere a los extranjeros que en frontera no se les permita el ingreso en el país por no reunir los requisitos que para autorizarles la entrada se exige en la legislación de extranjería. La denegación de entrada será dictada por los funcionarios de policía responsables del control de entrada, que incoará un procedimiento oportuno donde se dictará la resolución de retorno (artículo 156. 1 Reglamento de Ejecución).

Como dijimos anteriormente la LO 4/2000 y sus reformas posteriores recogen la figura jurídica del internamiento en dos preceptos distintos (artículos 58 y 60), lo que puede inducir a pensar que nos encontramos ante dos clases de internamiento diferentes, para supuestos distintos y con efectos también diferentes en cuanto a su control y garantías⁹⁰⁸. Lo cierto es que los Artículos 60 LO 4/2000 y 156 del Reglamento de ejecución contienen una reglas especiales respecto de estos internamientos, lo que viene a otorgar un cierto carácter de específico; en lo demás, deben considerarse aplicables los criterios generales expuestos para el internamiento en caso de expulsión.

En primer lugar, respecto a la autoridad administrativa competente para su propuesta, el artículo 60 se limita a mencionar a “*la autoridad gubernativa*” sin concretar cuál sea, especificando el artículo 156.3 del Reglamento que “*por delegación de la autoridad gubernativa, también podrá proponer el internamiento el responsable del puesto fronterizo*”. El silencio legal aparece salvado por la previsión contenida en la Disposición Adicional Primera del

⁹⁰⁸ DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., (*Detención e internamiento del extranjero...*, cit., pág. 3) opina que en el caso de retorno del extranjero, parece como si se partiera de una previa decisión gubernativa y fuera obligado para el juez el internamiento “*para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno*”, mientras que en el caso del extranjero

Reglamento que dispone que cuando la competencia en materia de resoluciones no esté expresamente atribuida a un determinado órgano, será ejercida por el Subdelegado del Gobierno o el Delegado del Gobierno en las Comunidades autónomas uniprovinciales.

En segundo lugar, el artículo 60.2 regula el carácter de los centros de internamiento, señalando: *“Los lugares de internamiento para extranjeros no tendrán carácter penitenciario, y estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios. Los extranjeros internados estarán privados únicamente del derecho ambulatorio”*. La peculiaridad de tales supuestos donde al extranjero se le impide en frontera la entrada en el país, y el hecho de que la ley hable del lugar y no de centro permite afirmar que el lugar de internamiento no será, necesariamente, uno de los centros de internamiento de extranjeros regulados por la OM de 22 de febrero de 1999⁹⁰⁹. Corresponde al Juez su determinación, admitiéndose la posibilidad de que los extranjeros sometidos a esta medida puedan permanecer en otras dependencias, como instalaciones de aeropuertos, puertos, o puestos fronterizos; correspondiendo, igualmente a la autoridad judicial la idoneidad de tal lugar, que deberá reunir siempre las condiciones del artículo 60.2 de la Ley.

En tercer lugar, el artículo 60.3 LO 4/2000 atribuye a la autoridad judicial autorizante el control del internamiento en iguales términos que para la expulsión, al establecer: *“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”*. La

pendiente de expulsión, goza de la propia esencia de la decisión judicial: *“la autoridad gubernativa podrá proponer al Juez...que disponga su ingreso en un centro de internamiento...”*.

autorización del internamiento exige del Juez el examen de la concurrencia de la causa, resolución de retorno dictada conforme a lo previsto en el artículo 156 del Reglamento de ejecución en relación con los artículos 25 y 26 de la LO 4/2000. La decisión de internamiento se adoptará en auto motivado, previa audiencia del interesado, que deberá contar con asistencia letrada y, en su caso, de intérprete (artículos 22.1 y 63.2 LO 4/2000 y 156.2,a, (retorno) y 157.3 (devolución) del Reglamento de ejecución).

En cuarto lugar, respecto a la duración del internamiento no se establece ningún límite máximo, limitándose a señalar el artículo 60.1: “*La autoridad gubernativa que acuerde el retorno se dirigirá al Juez de Instrucción si el retorno fuera a retrasarse más de setenta y dos horas para que determine el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno*”. La terminología utilizada da a entender que resulta posible autorizar internamientos por plazo superior a 40 días, si el retorno no se ha podido llevar a cabo durante dicho periodo⁹¹⁰.

No obstante, conviene tener presente la singularidad del retorno del extranjero al que no se permite en frontera el ingreso en el país, que, en principio, puede ejecutarse sin dilación, por lo que difícilmente se alcanzaría el límite de los 40 días. Teniendo en cuenta, además, la previsión legal de que el retorno se efectúe “en el plazo más breve posible” (artículo 60 LO 4/2000) o “de forma inmediata” (artículo 156.2 Reglamento de ejecución). Además, el artículo 153.2 del Reglamento parece extender su contenido a todo

⁹⁰⁹ En ese sentido las Circulares 3/2001, de 21 de diciembre, y 1/2002, de 19 de febrero, de la Fiscalía General del Estado.

⁹¹⁰ La Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado llega a esta conclusión teniendo en cuenta que la finalidad de esta medida no es otra que la de asegurar la ejecución de un acto administrativo, la resolución de retorno, por lo que si dicha ejecución no se pudiera llevar a cabo en cuarenta días, estaría justificada la prolongación de tal medida más allá de dicho plazo.

internamiento, cualquiera que sea su causa, siendo de aplicación aquí el límite máximo de los 40 días establecidos en el citado artículo⁹¹¹.

Para la ejecución de la orden de retorno la autoridad policial deberá solicitar el cese del internamiento y la puesta del interno a disposición policial para su traslado al puesto fronterizo.

D. INTERNAMIENTO EN CASO DE DEVOLUCIÓN

También puede ser motivo de internamiento de extranjero haber dictado acuerdo de devolución por la autoridad gubernativa sin que pueda ejecutarse el mismo en el plazo de setenta y dos horas, conforme al artículo 58.5 LO 4/2000, tras la reforma por LO 14/2003, de 20 de noviembre, que establece: *“Cuando la devolución no se pudiera ejecutar en el plazo de setenta y dos horas, se solicitará de la autoridad judicial la medida de internamiento prevista para los expedientes de expulsión”*. Antes de la reforma de la LO 14/2003 había dudas sobre la posibilidad del internamiento y se estimaba que procedía la devolución inmediata, pero no su privación de libertad en centros de internamiento.

Se preveía en el artículo 127.2, c) del Reglamento de ejecución de 2001 la medida de internamiento *“cuando se haya dictado acuerdo de devolución”*, pero la legalidad de dicho precepto fue puesto en cuestión⁹¹². Actualmente

⁹¹¹ Conforme a STC 178/1985, de 19 de diciembre (RTC 1985, 178), *“siempre debe exigirse una proporcionalidad entre el derecho a la libertad y la restricción de esta libertad, de modo que se excluyan, aun previstas en la Ley, privaciones de libertad que no siendo razonables rompan el equilibrio entre el derecho y su limitación”*.

⁹¹² Al respecto, Auto de 31 de agosto de 2001 dictado por el Juzgado de Instrucción num. 5 de Algeciras, y escrito de “Andalucía Acoge” de 23 de agosto de 2001.

está anulado por Sentencia de Sala III del Tribunal Supremo, de 20 de marzo de 2003, que será examinado de manera más específica más adelante⁹¹³.

La devolución es tratada de manera distinta en cada uno de los casos comprendidos en el artículo 58.2 LO 4/2000, que distingue: a) Los que habiendo sido expulsados contravengan la prohibición de entrada en España; y b) Los que pretendan entrar ilegalmente en el país. Ninguno de los supuestos tiene naturaleza sancionadora, siendo medidas administrativas de policía dirigidas al restablecimiento del orden jurídico previamente conculcado, por lo que no precisan de expediente de expulsión⁹¹⁴.

En la hipótesis regulada en el apartado a) la medida de internamiento que debe solicitar la autoridad gubernativa es la prevista para los expedientes de expulsión, conforme al artículo 58.5 LO 4/2000. Esta remisión legal se sustenta en el hecho de que dicho extranjero ha sido ya objeto de una previa sanción de expulsión con expresa prohibición de entrada, siendo tal prohibición el acto administrativo que ahora está conculcando.

⁹¹³ Hay que recordar que el Tribunal Constitucional en Sentencia 179/2000, de 26 de junio (RTC 2000, 179) en sus fundamentos jurídicos 2.º y 3.º dispone: *“Estas otras privaciones de libertad distintas de la específicamente prevista en el artículo 17.2 CE, por imperativo de lo dispuesto en el artículo 17.1 CE sólo pueden tener lugar en los casos y en la forma previstos en la ley, y deben ser conformes al principio de limitación temporal que se induce del artículo 17.2 CE (STC 174/1999, FJ 4.º), teniendo en cuenta además que, como afirmamos en la STC 341/1993 esta remisión a la Ley no pueda entenderse como una habilitación al legislador para prever privaciones de libertad de duración indefinida, incierta o ilimitada, lo que no significa, como también se precisa en las Sentencias dictadas, que a estas otras situaciones de privación de libertad les resulte de aplicación necesariamente el plazo de setenta y dos horas previsto en el artículo 17.2 CE. Uno de estos supuestos en los que puede existir una privación de libertad distinta de la detención preventiva a la que expresamente se refiere el artículo 17.2 CE es aquél en que la ejecución de un acto administrativo conlleva adoptar medidas de compulsión personal que determinen una privación de libertad. En concreto hemos sostenido que la ejecución forzosa de una “orden de devolución” por la que se actualiza la prohibición de entrada en territorio español impuesta a un extranjero mediante una previa resolución administrativa legítima un estado de compulsión en la “zona de rechazados” de un aeropuerto; medida a la que hemos considerado que no le resulta necesariamente de aplicación el límite temporal de setenta y dos horas al que se refiere el artículo 17.2 CE”*.

⁹¹⁴ En este sentido la Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado.

El apartado b) regulaba una causa de devolución distinta: la del extranjero que pretende entrar ilegalmente en el país. Aquí se consideraban incluidos, conforme a la redacción del artículo 138.1, b) del Reglamento de ejecución de 2001, 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 los requisitos de entrada⁹¹⁵; sin embargo este precepto ha sido anulado según se establece en Sentencia de la Sala III del Tribunal Supremo, de 20 de marzo de 2003⁹¹⁶, cuyo Fundamento Jurídico decimoctavo establece:”...*El artículo que ahora se recurre lo que pretende llevar a cabo es una interpretación del apartado 2.b del artículo 58 de la Ley, cuando dice en el apartado 1.b “considerándose incluidos, a estos efectos (pretensión de entrar ilegalmente en el país) 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”(...) El precepto legal de referencia no ofrece duda de que se está refiriendo a la tentativa de entrada, la expresión “pretender entrar” es concluyente. Es evidente, por otra parte, que quienes se encuentren en el interior del territorio nacional, por más que estén en ruta o en tránsito, no pretenden entrar ya que esta es una situación incompatible con la de encontrarse “en el interior”, es decir, dentro del territorio nacional, por más que estén en ruta hacia un lugar concreto o en tránsito, tanto si esa situación lo es de una localidad a otra del territorio nacional o hacia un país tercero. El precepto legal se refiere de forma estricta a la pretensión de entrar ilegalmente en el país, no a los supuestos de tránsito,*

⁹¹⁵ Esta misma interpretación se dio en la Consulta 1/2001 de la Fiscalía General del Estado.

⁹¹⁶ La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2003, Sección Sexta, (La Ley Juris 1363/2003) se dictó en el recurso contencioso-administrativo num. 488/2001, cuyos demandantes eran la Federación de Asociaciones Pro-

una vez en el país, desde un lugar a otro del mismo o hacia un país tercero. El precepto impugnado efectúa una interpretación extensiva que va más allá del mandato legal ampliándolo a un supuesto no previsto en éste. Estamos, por tanto, ante una interpretación contra Ley que aplica un régimen excepcional que no goza de las garantías de la expulsión a supuestos distintos de los legalmente establecidos”.

El nuevo Reglamento de ejecución (RD 2393/2004) lo establece en el artículo 157.1, b): *”Los extranjeros que pretenden entrar ilegalmente en el país, se considerarán incluidos, a estos efectos, a los extranjeros que sean interceptados en la frontera o en sus inmediaciones”.*

El internamiento de estos extranjeros no sigue los trámites del artículo 58.5 LO 4/2000, ya que este precepto únicamente hace mención al primer supuesto de devolución. Ello obliga a reconducir el régimen de su internamiento al regulado en el artículo 60 de la Ley, dado que el extranjero que pretende entrar ilegalmente en el país no ha sido objeto, ni de previa, ni de actual expulsión⁹¹⁷. Por lo tanto son de aplicación las reglas especiales establecidas en los artículos 60 de la LO 4/2000 y 157 del Reglamento de ejecución respecto del internamiento en este supuesto de devolución, como si se tratase de retorno, remitiéndonos a lo especificado en el apartado anterior.

La STS de 20 de marzo de 2003 anuló el artículo 127.2, c) del Reglamento de ejecución, porque no se puede extender por vía reglamentaria

Inmigrantes en Andalucía, “Andalucía Acoge” y “Red Acoge”, contra el Real Decreto 864/2001 de 20 de julio, que aprueba el Reglamento de Ejecución de la LO 4/2000.

⁹¹⁷ Ya antes de dictarse la nulidad del artículo 127.2, c) por STS de 20 de marzo de 2003; se apuntaba por algún autor (VILLAVARDE MENÉNDEZ, I., *Extranjeros e inmigración: Aspectos jurídicos...*, cit., pág. 195) que no existía cobertura legal para acordar el internamiento en ese supuesto de devolución, en aplicación *mutatis mutandi*, de la doctrina de la STC 169/2001, de 16 de julio, o de la STC 53/2002, de 27 de febrero; dicha extensión reglamentaria de los supuestos que habilitan para decretar el internamiento vulneraría el artículo 17.1 CE por cuanto debe ser una Ley la que regule esa restricción a la libertad personal.

una medida cautelar que afecta al Derecho a la libertad a supuestos no previstos legalmente por resultar contrario al ordenamiento jurídico, señalando en su fundamento jurídico decimocuarto: *“En el correlativo de la demanda los recurrentes demandan la anulación del artículo 127.2, c) del Reglamento recurrido, al entender que vulnera el artículo 58.5 de la Ley de Extranjería, ya que este precepto legal tan solo admite que el internamiento en los supuestos de devolución tenga lugar por haberse infringido la prohibición de entrada, es decir en los supuestos del apartado 2.a del artículo 58 de la Ley, en tanto que el precepto impugnado extiende la posibilidad de internamiento a todos los supuestos en que se haya dictado acuerdo de devolución. Consecuencia de lo anterior es que la norma reglamentaria contraviene manifiestamente el artículo 58.5 de la Ley que distingue entre los supuestos de devolución por contravenir la prohibición de entrada en España (artículo 58.2.a), en los que provee la posibilidad de internamiento cuando no pueda ejecutarse en el plazo de setenta y dos horas, y la devolución de los que pretendan entrar ilegalmente en el país para cuyo supuesto la Ley no establece aquella posibilidad, sin que pueda, por otra parte, ser confundida la devolución con la expulsión, supuesto este en que sí cabe el internamiento conforme al artículo 62.e de la LO 4/2000 en la redacción de la LO 8/2000. En definitiva, el precepto ha de ser anulado porque extender por vía reglamentaria una medida cautelar que afecta al derecho a la libertad a supuestos no previstos legalmente resulta contrario al ordenamiento jurídico”*. En conclusión, el artículo 127,2,c) del Reglamento de ejecución de 2001 contraviene lo dispuesto en el artículo 58.2 LO 4/2000, ya que éste sólo prevé la posibilidad de acordar el internamiento en los casos en que se haya infringido la prohibición de entrada, mientras que el precepto impugnado

extiende dicha posibilidad a todos los supuestos en que se haya dictado acuerdo de devolución.

VIII. LA INTERVENCIÓN DEL JUEZ DE INSTRUCCIÓN EN EL INTERNAMIENTO

Vamos a hacer mención del procedimiento para acordar el internamiento por el Juez de Instrucción, como garante en las privaciones de libertad del extranjero. En primer lugar analizamos sobre la atribución al Juez de Instrucción de dicha competencia, para después analizar el tipo de procedimiento penal en el que se desarrolla la tramitación y los diversos trámites y garantías que se deben cumplir hasta la resolución final del procedimiento.

A. JUZGADO COMPETENTE

La legislación de extranjería tradicionalmente ha venido atribuyendo al Juez de Instrucción el control preventivo o cautelar de la actuación de la Administración en materia de extranjería, con el argumento de estar implicada la libertad deambulatoria de una persona, garantizada por el artículo 17 CE, y ser dichos Jueces quienes ostentan por mandato de la LOPJ y LECRIM la competencia para adoptar detenciones y prisiones. Así ocurre con la actual LO 4/2000, reformada por LO 8/2000, que atribuye en los artículos 58.5, 60 y 62 tal competencia al Juez de Instrucción.

Además los Juzgados de Instrucción prestan el servicio de guardia y por esa razón suelen tener encomendadas las labores de control judicial urgente no sólo en el ámbito penal que les es propio, sino, con alguna frecuencia, en otros órdenes jurisdiccionales⁹¹⁸. Esta es otra razón por la que el artículo 62 LO 4/2000 atribuya al Juez de Instrucción la competencia para decidir sobre el internamiento de extranjeros⁹¹⁹.

Resulta coherente y lógico en un sistema de garantías jurisdiccionales lo dispuesto en el artículo 57.7 LO 4/2000, en cuanto establece la necesidad de que sea la Jurisdicción Penal la que deba autorizar la expulsión de un extranjero procesado, inculcado o condenado por la comisión de hechos delictivos. Sin embargo, la doctrina⁹²⁰ no es unánime al considerar que sea el Juez de Instrucción el competente cuando se trata de internamientos o privaciones de libertad para ejecutar actos de la Administración, como expulsiones, devoluciones o retornos, si no se ha cometido delito alguno por el extranjero⁹²¹; considerando que debería ser la jurisdicción contencioso-administrativa la competente para decidir sobre la necesidad de la pérdida de libertad, pues es este orden el que tiene competencia para conocer sobre los posibles recursos contra esos actos administrativos⁹²².

⁹¹⁸ Artículo 45 del Reglamento 5/1995, de 7 de junio, sobre los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales.

⁹¹⁹ En ese sentido, PORRES ORTIZ DE URBINA, E., *Medidas cautelares en el orden penal*, cit., pág. 165.

⁹²⁰ PECES MORATE, E.J., *Garantías jurisdiccionales para los extranjeros. Medidas cautelares en el proceso*, cit., pág. 235. VIDAL FUEYO, C., *La nueva Ley de Extranjería a la luz del texto constitucional*, cit., pág. 216.

⁹²¹ PECES MORATE, E.J., (*Garantías jurisdiccionales para los extranjeros...*, cit., pag. 234) argumenta "que una cosa es la detención preventiva para realizar averiguaciones tendentes al esclarecimiento de un hecho delictivo y otra muy distinta la privación de libertad de un ciudadano extranjero, al que no se imputa delito alguno, para ser expulsado del territorio español. En esa confusión legal subyacen consideraciones que impiden crear una cultura no discriminatoria, pues se equipara o asimila al inmigrante ilegal con el delincuente".

⁹²² En tal sentido VIDAL FUEYO, C., *La nueva Ley de Extranjería a la luz del texto constitucional*, cit., pág.217.

Respecto a la competencia territorial para autorizar el internamiento, a tenor de los artículos 60 y 62 LO 4/2000 y 153.1 del Reglamento de ejecución, el órgano judicial competente será el Juez de Instrucción del lugar en el que hubiese sido detenido el extranjero, que actuará, en estos casos, como Juez de garantías. También corresponde a la autoridad judicial que hubiere decretado el internamiento, a solicitud motivada del Director del centro, acordar, por razones justificadas de índole personal o familiar, el traslado de extranjeros ingresados a otros centros de internamiento, con comunicación al Ministerio Fiscal y a la autoridad gubernativa de la provincia donde se ubique el centro (artículo 35.2 OM de 22 de febrero de 1999).

B. PROCEDIMIENTO

La LO 4/2000 nada dice sobre el procedimiento a seguir para la tramitación del internamiento de extranjeros, tampoco se pronuncia al respecto el Reglamento de Ejecución de 2004.

De los diferentes procesos penales ordinarios existentes en nuestra LECRIM, procedimiento ordinario o sumario, procedimiento abreviado, y juicios de faltas, aparece como más conveniente en su utilización el abreviado, por su naturaleza de ordinario y al mismo tiempo por la modalidad de “abreviado” respecto de aquél, que queda de aplicación exclusiva para delitos de especial gravedad⁹²³, siendo su procedimiento conocido como Diligencias Previas. Este es el criterio mayoritario en la doctrina⁹²⁴, que estima se deben incoar Diligencias Previas para la tramitación del internamiento de extranjero.

⁹²³ MONTÓN REDONDO, A., *Derecho Jurisdiccional III, Proceso Penal*, (en colaboración con MONTERO AROCA, GÓMEZ COLOMER Y BARONA VILAR), cit., pág.523.

⁹²⁴ HEREDIA, M./ FÁBREGA, C., *Medidas cautelares en el Derecho de extranjería*, cit., pág. 46.

Aún cuando en la práctica se suelen incoar Diligencias Previas para la autorización de esta medida cautelar, no es la única alternativa. Existe la posibilidad de incoar un procedimiento conocido en la práctica forense como Diligencias de Criminal Indeterminadas. Si bien se permite la incoación de tales diligencias, existiendo un Libro Registro de Diligencias de Criminal Indeterminadas al efecto, legalmente no tiene regulación, ni es conveniente su utilización, entre otras razones, porque en dicho procedimiento no está regulada la intervención del Ministerio fiscal. Consideramos que no es correcta la incoación de Diligencias de Criminal Indeterminadas para la tramitación de una solicitud de internamiento de extranjero, puesto que el Ministerio Fiscal ha de intervenir en la tramitación de dicho procedimiento y además el mismo se ha de regir por la LECRIM, aún cuando sea de manera supletoria.

En definitiva, ante la falta de regulación expresa en la legislación de extranjería de procedimiento penal en el que se tramite la petición de autorización judicial de internamiento, podemos afirmar que no existe un procedimiento específico para este trámite procesal, debiendo, por lo tanto, acudir a uno de los procedimientos ordinarios previstos en la LECRIM, en concreto al Procedimiento Abreviado, incoando Diligencias Previas. A este procedimiento se suele recurrir ante las peticiones policiales o de otras Autoridades, que no tienen un procedimiento específico en la LECRIM⁹²⁵. De esa forma se pondrá en conocimiento del Ministerio Fiscal la incoación del procedimiento, para que éste pueda intervenir en su tramitación, y le será de

⁹²⁵ Por ejemplo, en las peticiones de entrada y registro domiciliario; solicitudes de intervenciones telefónicas; petición de apertura de paquete postal; solicitud de autorización de trasplante de órganos, etc.; todas ellas cuando se soliciten en el Juzgado de Guardia.

aplicación el régimen de recursos previstos en la LECRIM⁹²⁶. Una vez finalizado el trámite previsto en la LO 4/2000, el Juez adoptará mediante auto la resolución que corresponda en las Diligencias Previas⁹²⁷, considerando que la resolución más conveniente sería la de sobreseimiento o archivo de las Diligencias.

C. PETICIÓN DE SOLICITUD DE INTERNAMIENTO

La solicitud, o como dice la ley, la propuesta, solo la puede hacer la Autoridad gubernativa. Respecto a la clase de autoridad gubernativa, la Disposición adicional primera del Reglamento de Ejecución dispone que cuando la competencia en materia de resoluciones no esté expresamente atribuida a un determinado órgano, será ejercida por el Subdelegado del Gobierno o el Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas uniprovinciales. Excepcionalmente, en el supuesto del internamiento para devolución o retorno, especifica el artículo 156.3 del Reglamento de ejecución que, por delegación de la autoridad gubernativa, también podrá proponer el internamiento el responsable del puesto fronterizo. Dicha solicitud debe ser

⁹²⁶ El artículo 766 LECRIM establece: “1. *Contra los autos del Juez de Instrucción y del Juez de lo Penal que no estén exceptuados de recurso podrán ejercitarse el de reforma y el de apelación. Salvo que la Ley disponga otra cosa, los recursos de reforma y apelación no suspenderán el curso del procedimiento*”. Redacción dada por Ley 38/2002, de 24 de octubre.

⁹²⁷ Artículo 779 LECRIM: “1. *Practicadas sin demora las diligencias pertinentes, el Juez adoptará mediante auto algunas de las siguientes resoluciones: 1.º Si estimare que el hecho no es constitutivo de infracción penal o que no aparece suficientemente justificada su perpetración, acordará el sobreseimiento que corresponda notificando dicha resolución a quienes pudiera causar perjuicio, aunque no se hayan mostrado parte en la causa. Si, aún estimando que el hecho puede ser constitutivo de delito, no hubiere autor conocido, acordará el sobreseimiento y ordenará el archivo*”.

además individualizada, puesto que se prohíben los internamientos colectivos con motivación genérica y no individualizada⁹²⁸.

La autorización por el Juez del internamiento exige del Juez el examen de la concurrencia de causa, y para ello será necesario acreditar el expediente en el que concurra la causa por la que se va a proponer la expulsión del extranjero (artículos 62.1, 63.2 LO 4/2000 y 130 y 132 del Reglamento) o la devolución o retorno (art. 156 del Reglamento en relación con los artículos 25 y 26 LO 4/2000).

La autoridad gubernativa incoará un expediente en el que concurra la causa en el que se vaya a proponer la expulsión del extranjero. Siendo las infracciones tramitables en vía preferente, que pueden ser sancionadas con multa (artículo 55 LO 4/2000) o expulsión (artículo 57 LO 4/2000), y cuando de las investigaciones se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión, se dará traslado, en el procedimiento preferente, de la propuesta motivada. Aunque del contenido de los artículos 62.1 LO 4/2000 y 131.5 del Reglamento pudiera deducirse la posibilidad de solicitar el internamiento en cualquier momento de la tramitación del expediente, por tanto, en el momento inicial, parece razonable considerar que habrá de proponerse la solicitud de internamiento cuando de las investigaciones se deduzca la oportunidad de decidir la expulsión. Siendo que las infracciones que habilitan la tramitación preferente y la adopción de la medida cautelar tienen sanción de multa alternativa a la de expulsión y que el internamiento tiene como finalidad garantizar el cumplimiento de la expulsión, deberá constar, si no la resolución de expulsión, cuanto menos la propuesta motivada de expulsión. La Autoridad

⁹²⁸ STC 144/1990, de 26 de septiembre (RTC 1990, 144).

administrativa debería aportar el expediente original a fin de determinar si se trata de una nueva expulsión por los mismos hechos.

Tras la entrada en vigor de la LO 11/2003, de Medidas concretas en materia de Seguridad Ciudadana, Violencia doméstica e Integración social de los extranjeros, el artículo 62.1 permite que la autoridad gubernativa podrá solicitar al Juez de Instrucción competente que disponga el internamiento en tanto se realiza la tramitación del expediente sancionador *“sin que sea necesario que haya recaído resolución de expulsión”*.

La Autoridad administrativa, junto a la petición de autorización judicial para internar a un extranjero en centro no penitenciario, acompañará los siguientes documentos:

a) El acuerdo de adopción de la medida preventiva de internamiento para la devolución por quebrantamiento de la prohibición de entrada, o para la ejecución de la expulsión de extranjero, según sea el supuesto.

b) La notificación de dicho acuerdo de adopción de medida preventiva al propio interesado, así como a su Letrado, y con asistencia de intérprete si es necesario. En el supuesto de que todavía no se haya dictado el Decreto de expulsión, se acompañará la notificación de la iniciación del procedimiento sancionador preferente para la expulsión del territorio nacional, con traslado de la propuesta motivada.

c) La resolución de la autoridad competente acordando la imposición de la sanción de expulsión del territorio nacional, Decreto de expulsión, con la consiguiente prohibición de entrada.

d) La notificación al interesado con entrega de copia del Decreto de Expulsión y con advertencia de los recursos y el plazo de interposición. También se deberá acompañar copia de la notificación en el Boletín Oficial de

la Provincia, en el supuesto de que la notificación en el domicilio del interesado haya sido infructuosa.

e) Diligencia de información de Derechos al detenido conforme a lo dispuesto en el artículo 520 LECRIM, a presencia de Letrado y con asistencia de intérprete, si es necesario.

f) Las diligencias efectuadas por las autoridades policiales, Jefatura Superior de Policía o Brigada Provincial de Extranjería y Documentación, relacionadas con la identidad del extranjero, antecedentes policiales, y forma y lugar en que se practicó la detención.

D. TRÁMITE DE AUDIENCIA

Es preceptiva la presentación del extranjero ante el Juzgado de Instrucción en funciones de guardia con el objeto de que pueda manifestar lo que a su derecho convenga, efectuando sus alegaciones, incluido la petición y práctica de pruebas que puedan practicarse en el acto, de conformidad con el artículo 62.1 LO 4/2000, reformada por LO 8/2000. Con ello se pretende evitar la indefensión que pudiera sufrir el extranjero; debiendo arbitrarse los medios necesarios para que dicha audiencia se efectúe en las condiciones más favorables para el extranjero, exigiendo la presencia de un intérprete, si es necesario.

Este trámite de audiencia se ha venido reconociendo por el Tribunal Constitucional desde la Sentencia 115/1987, que establece: "*Toda persona privada de libertad, con fundamento o no, tiene derecho a un control de legalidad ejercido por un Tribunal y por ello con unas garantías comparables con las detenciones que existen en materia penal. La intervención judicial no*

sólo controlará el carácter imprescindible de la pérdida de libertad, sino que permitirá al interesado presentar sus medidas de defensa, evitando que la detención presente el carácter de un internamiento arbitrario". La misma doctrina se repite en la STC 144/1990⁹²⁹. Y de fecha más reciente el Auto de 26 de febrero de 2004 de la Audiencia Provincial de Valencia⁹³⁰, que afirma: *"La cuestión esencial que se plantea en este recurso es si en la audiencia al interesado, constituida por la declaración que se le recibió el 5 de febrero de 2004, se completa el contenido esencial de dicha audiencia, toda vez que consta en el penúltimo párrafo de la transcripción de aquélla declaración que la Letrada que lo asistió "solicita formular alegaciones respecto a la solicitud de internamiento efectuada a los efectos de oír al detenido como a su Letrado y no causar indefensión al mismo, al estar privándosele de libertad"(...)El derecho de defensa y de audiencia, a los efectos siquiera de descartar el carácter automático de cualquier internamiento como medida privativa de libertad exige que para atender a las circunstancias legales y personales concurrentes o para ponderar el riesgo de que el extranjero huya, se oculte o sustraiga al cumplimiento de la eventual resolución, en relación con sus*

⁹²⁹ La STC 144/1990, de 26 de septiembre (RTC 1990, 144), describe en su fundamento jurídico 4.º: *"la decisión judicial en relación con la medida de internamiento del extranjero pendiente de expulsión ha de ser adoptada mediante resolución judicial motivada, que debe respetar los derechos fundamentales de defensa, incluidos los previstos en el artículo 30.2 LO 7/1985, en conexión con el artículo 6.3 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, así como la interposición de los recursos que procedan contra la resolución judicial y eventualmente los reconocidos en el artículo 35 de la LO 7/1985, en conexión con el artículo 5.4 del citado Convenio Europeo. La resolución pues, no sólo controlará la pérdida de libertad, sino que permitirá al interesado presentar sus medios de defensa, evitando así que la detención presente el carácter de internamiento arbitrario..."*.

⁹³⁰ Auto 73/2004, de 26 de febrero de 2004 (no publicado), dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Valencia, en un recurso de apelación contra el auto de 5 de febrero de 2004 del Juzgado de Instrucción num. 2 de Valencia que autorizaba el internamiento de un súbdito rumano, en el Cíex de Valencia. El recurso se fundamentaba en la falta de audiencia al extranjero y a su letrado, como requisito previo antes de adoptar una medida de internamiento. El recurso se estimó y se revocó el referido auto, dejando sin efecto el internamiento.

circunstancias familiares, laborales y de domicilio; se permite, o más bien se exige, aquella audiencia cumplida y debidamente asesorada por su Letrado (...)El internamiento, como la privación preventiva de libertad, exige el cumplimiento de todas las garantías, sin que sea la menor la audiencia prevista para la prisión y analógicamente aplicable al internamiento, regulada en el artículo 505 LECRIM”.

Por lo tanto, el Juez de Instrucción debe oír al extranjero detenido, asistido de Letrado, informándole de sus derechos conforme al artículo 520 LECRIM, incoando al efecto las correspondientes Diligencias Previas.

La asistencia de Letrado aparece como otra garantía del extranjero pendiente de internamiento. Recogida en los artículos 22 y 63.2 LO 4/2000 que reconocen el derecho a la asistencia de Letrado de oficio en la tramitación de los expedientes de expulsión; y además, siempre que el extranjero sea presentado ante el Juzgado de guardia en calidad de detenido, deben de tomarse en consideración las normas generales previstas en los artículos 24 CE y 520 LECRIM, en desarrollo del ejercicio legítimo del derecho de tutela judicial efectiva. La intervención del Letrado no es meramente de asistencia, sino de ejercicio de una verdadera defensa, proponiendo las oportunas diligencias y medios de prueba que pueda solicitar el detenido en defensa de sus intereses.

Varias cuestiones se pueden plantear sobre la audiencia al interesado:

Respecto a la necesidad de practicar la audiencia, la redacción del artículo 62.1 LO 4/2000 parece que no deja dudas al exigir la audiencia del extranjero, con carácter “previo” a resolver mediante auto motivado. Sin duda, el internamiento, como medida restrictiva de la libertad, exige el cumplimiento de todas las garantías; siendo, además, requisito necesario la

audiencia del interesado para atender a las circunstancias legales y personales que valore el riesgo de que el extranjero huya o se oculte antes del cumplimiento de la resolución administrativa.

Respecto a la forma que va a adoptar la audiencia al interesado y su Letrado, pese al silencio legal, se debe entender que prima la oralidad, unida a la inmediación, puesto que es el extranjero, detenido cautelarmente, a quien el Juez de Instrucción recibe declaración en el Juzgado de Guardia, y por analogía a la comparecencia prevista en el artículo 505 LECRIM, será ante la presencia de las partes, Ministerio Fiscal y Letrado del detenido, donde se deben realizar las alegaciones oportunas respecto a la solicitud de internamiento. Otra solución conculcaría el derecho de defensa y audiencia.

E. RESOLUCIÓN JUDICIAL

El Juez de Instrucción debe valorar si, atendidas las circunstancias concurrentes, la medida es necesaria y proporcionada, dado que la medida preventiva de internamiento no es la única que la autoridad gubernativa puede adoptar.

De acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional⁹³¹, el artículo 62.1 LO 4/2000, reformado por LO 11/2003, establece que la decisión judicial

⁹³¹ El Tribunal Constitucional en un reiterado cuerpo de doctrina, de la que son exponentes, entre otras, la STC 96/1995, de 19 de junio (RTC 1995, 96), la STC 182/1996 (RTC 1996, 182) y la STC 144/1990, de 26 de septiembre (RTC 1990, 144), que fijó la naturaleza de la resolución: “La resolución judicial no sólo controlará la pérdida de libertad, sino que permitirá al interesado presentar sus medios de defensa, evitando así que la detención presente el carácter de internamiento arbitrario. El órgano judicial, por otra parte, habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en el caso, pero no las relativas a la decisión de expulsión, sino las concernientes, entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de su huida o cualquier otra que el Juez estime relevante para adoptar su decisión, dado que el

que autorice el internamiento se adoptará mediante “auto motivado”. Con ello se permitirá conocer las razones por las que la autoridad judicial ha estimado procedente el internamiento, facilitando con ello su impugnación. La motivación debe examinar no sólo de manera genérica la concurrencia de los requisitos legales para adoptar la medida de internamiento, sino ponderar en el caso concreto, la procedencia de que, durante la tramitación del procedimiento de expulsión, el extranjero deba permanecer o no internado.

Hay que tener en cuenta, con carácter general, la doctrina constitucional⁹³² que establece *“si bien el deber de motivación se satisface cuando las resoluciones judiciales exteriorizan las razones que fundamentan la decisión (...), no obstante, existen diversos supuestos en los que se exige un específico y reforzado deber de motivación(...), así sucede, en los casos en que la resolución judicial decide de alguna manera en la libertad como valor superior del ordenamiento jurídico”*. Y de manera más concreta, en cuanto a la restricción de la libertad personal, la jurisprudencia constitucional⁹³³ dice: *“si lo que está prioritariamente en juego es la libertad personal, su restricción requiere una resolución judicial motivada y el canon de la conformidad constitucional de la motivación de las decisiones judiciales que habilitan la restricción de los derechos fundamentales es más estricto que el canon de motivación exigido como garantía inherente al derecho a la tutela judicial efectiva”*.

internamiento del extranjero debe regirse por el principio de excepcionalidad 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”.

⁹³² STC 214/1999, de 29 de noviembre, FJ 5 (RTC 1999, 214); STC 82/2002, de 22 de abril, FJ 7 (RTC 2002, 82) y STC 163/2002, de 16 de septiembre, FJ 4 (RTC 2002, 163).

⁹³³ STC 49/1999, de 5 de abril, FJ 4 (RTC 1999, 49); STC 14/2000, de 17 de enero FJ 3 (RTC 2000, 14); STC 169/2001, de 16 de julio, FJ 9 (RTC 2001, 169).

Antes de la reforma de la LO 4/2000, por LO 11/2003, no se indicaban los criterios que el Juez podía ponderar para resolver el internamiento, y fue el Tribunal Constitucional quien determinó que debía darse un valor relevante al riesgo de fuga como criterio básico de apreciación, sin olvidar cualquier otra circunstancia relevante⁹³⁴.

Fue la reforma de 2003, la que ordena al Juez que tenga en cuenta para acordar o no el internamiento “*el hecho de que carezca de domicilio o documentación*”(artículo 62.1). Aunque tal precepto alude tan sólo a los internamientos de extranjeros pendientes de expulsión, la exigencia de motivación en la decisión judicial de internamiento es extensible a los supuestos de devolución, por la remisión expresa que el artículo 58.5 de la LO 4/2000 efectúa a los expedientes de expulsión.

Los hechos concretos a que se refiere de forma concreta el precepto legal están directamente vinculados con el riesgo de fuga, puesto que si el interesado carece de domicilio o de documentación, será difícil localizarle para ejecutar la expulsión. Pero no son los únicos criterios a tener en cuenta por el Juez de Instrucción, existen otros motivos que permiten valorar la conveniencia o no del internamiento. Nos referimos a la existencia de procesos penales o administrativos concurrentes, y a las circunstancias de arraigo familiar o de naturaleza humanitaria.

Respecto a los primeros, el nuevo artículo 62.1, tras la reforma de 2003, dispone que el Juez atenderá también a “*la existencia de condena o sanciones administrativas previas y de otros procesos penales o procedimientos*

⁹³⁴ La STC 144/1990, de 26 de septiembre (RTC 1990, 144), dispone: “*El Juez habrá de adoptar libremente su decisión teniendo en cuenta las circunstancias que concurran en el caso, pero no las relativas a la decisión de expulsión, sino las concernientes, entre otros aspectos, a la causa de expulsión invocada, a la situación legal y personal del extranjero, a la mayor o menor probabilidad de huida o cualquiera otra que estime relevante para adoptar la decisión*”.

administrativos sancionadores pendientes". De esta manera se permite al Juez tener en consideración la existencia de cualquier expediente administrativo o penal, sea cual sea su estado para valorar la procedencia del internamiento. Por tanto, el Juez no sólo valora la concurrencia de una causa de expulsión, sino que, al resolver sobre el internamiento puede valorar libremente cualquier otro antecedente de interés, resulte o no probado⁹³⁵.

Finalmente, respecto a las posibles invocaciones de tipo humanitario para denegar el internamiento, debe significarse que la LO 4/2000 ha establecido un elenco de situaciones en que no es posible decretar la expulsión por razones de arraigo o familiares. Anteriormente el Tribunal Constitucional se había pronunciado afirmando que los Jueces, además de comprobar el cumplimiento de los presupuestos que autorizan la aplicación de la expulsión, debían valorar también las circunstancias del caso y la incidencia de valores o bienes con relevancia constitucional, como el arraigo del extranjero o la unificación familiar⁹³⁶.

A este respecto también el Tribunal Europeo de Derechos Humanos mantiene una abundante jurisprudencia abordando la interpretación de los artículos 3 y 8 del Convenio de Derechos Humanos, que prohíbe someter a cualquier persona a tratos inhumanos y degradantes y que le reconoce el derecho a la vida privada y familiar⁹³⁷.

⁹³⁵ En opinión de PORRES ORTÍZ DE URBINA, E., (*Medidas cautelares en el orden penal*, cit., pág. 170) la posibilidad de valorar el Juez libremente cualquier antecedente de interés, esté o no apoyado en una resolución administrativa o judicial firme, se compadece bastante mal con el principio de seguridad jurídica. En todo caso, considera que los jueces deben valorar la existencia de riesgos de fuga (principio de necesidad) con los indicios que existen respecto de la imputación penal y con el principio de proporcionalidad, valorando la gravedad de la imputación para acceder o no al internamiento.

⁹³⁶ STC 242/1994, de 17 de julio (RTC 1994, 242).

⁹³⁷ STEDH de 20 de marzo de 1991, caso Cruz Varas contra Suecia; Resolución de 30 de octubre de 1991, caso Vilvarajah contra Reino Unido; STEDH de 16 de enero de 1999, caso Ould Barar contra Suecia; STEDH de 29 de marzo de 1997, caso HRC contra Francia.

La jurisprudencia enunciada permite afirmar que pueden invocarse razones de naturaleza humanitaria para solicitar que se deniegue la autorización para al expulsión y el internamiento, razones que habrán de ser valoradas por el Juez atendiendo a las circunstancias del caso, a la vista de las declaraciones y de los datos obrantes en el expediente o de la prueba que se pueda aportar.

F. RECURSOS

El auto que dicte el Juez de Instrucción resolviendo sobre la solicitud de internamiento será susceptible de recurso. Pese al silencio legal, la posibilidad de recursos contra las resoluciones judiciales de internamiento tiene su apoyo tanto en la STC 115/1987, que reconoce la misma, como en el artículo 5.4 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades fundamentales que establece: “*toda persona privada de su libertad mediante... internamiento, tendrá derecho a presentar un recurso ante un órgano judicial...*”. Por ello, viene considerándose en la práctica judicial, que el auto que dicta el Juez de Instrucción resolviendo sobre la propuesta de internamiento es susceptible de recurso de reforma y de recurso de apelación o queja. Por aplicación subsidiaria de los artículos 216 y 217 LECRIM puede llevar a considerar que, ausente previsión legal expresa sobre el recurso de apelación, una vez interpuesto el recurso de reforma sólo cabría el de queja; pero la naturaleza de la resolución exigiría la admisión del recurso de apelación, que debería tramitarse por el cauce previsto en los artículos 223 y ss. La generalización del recurso de apelación y la marginación del recurso de queja que provoca la reforma del régimen de recursos en el procedimiento

abreviado introducido por LO 38/2002, de 24 de octubre, de reforma de la LECRIM, avala la tesis expuesta.

Hay que tener en cuenta, además, que el procedimiento utilizado en la autorización del internamiento es el Procedimiento Abreviado, y la normativa aplicable al régimen de recursos, será la prevista en el artículo 766 LECRIM, que establece como recursos ordinarios, el de reforma y/o apelación.

IX. LOS CENTROS DE INTERNAMIENTO

Los centros de internamiento de extranjeros (en adelante CIEEx) son establecimientos públicos de carácter no penitenciario, dependientes del Ministerio del Interior, para la detención y custodia, a disposición de la autoridad judicial, de extranjeros sometidos a expedientes de expulsión o pendientes de devolución o retorno. El ingreso y estancia en los centros de internamiento tendrá únicamente finalidad preventiva, y estará orientado a garantizar la presencia del extranjero durante la sustanciación del expediente administrativo y la ejecución de la medida de expulsión.

La STC 115/1987 ya recogía la exigencia de que los Centros no tuvieran carácter penitenciario. Y el Reglamento de ejecución de la LO 7/1985, aprobado por RD 155/1996, de 2 de febrero, establecía en su artículo 108.1 el ingreso en Centro que no tenga el carácter penitenciario⁹³⁸.

⁹³⁸ Antes de aprobarse tal Reglamento la doctrina criticaba que la situación de los locales de internamiento eran como centros de reclusión donde los expedientados se veían despojados de sus derechos. La memoria de la Fiscalía del Tribunal Supremo decía que el internamiento no debería afectar la libertad “*más que en el estricto sentido de no poder abandonar un determinado recinto, no pudiéndosele prohibir la comunicación con quién desee ni la realización de cualquiera actividades no incompatibles con su internamiento*”. La Circular de la Fiscalía 1/1994 hacía notar que se producían internamientos en Centros penitenciarios y Comisarias de Policía.

Como apunta MOLINA NAVARRETE, C., (*Comentario a la ley y al Reglamento de extranjería e integración social*, cit., pág. 863), en el modelo regulador, de carácter represivo y policial,

La redacción originaria de la LO 4/2000 supuso un cambio radical de estrategia respecto a la inmigración “irregular”: la expulsión será la excepción, mientras que la “regularización” será la regla. En coherencia con este nuevo modelo regulador de la inmigración, el papel del Centro de Internamiento pasaría a ser en las escasas o residuales situaciones, más un “centro social”, un servicio de prestación de atenciones individuales para situaciones de necesidad personal y social, que un “centro de reclusión”, tal como se concebían hasta ese momento.

La actual regulación de los centros de internamiento, tras la reforma por LO 8/2000, establece, de forma muy garantista, en el artículo 60.2: *“Los lugares de internamiento para extranjeros no tendrán carácter penitenciario, y estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios. Los extranjeros internados estarán privados únicamente del derecho ambulatorio”*.

Las condiciones establecidas en el artículo 60.2 LO 4/2000 respecto a los servicios sociales y culturales, ya estaban recogidos en la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999, mediante la dotación de biblioteca y áreas recreativas y de ocio, posibilitando la práctica religiosa. No obstante será la dotación económica la que realmente determine la extensión de estos servicios, por cuanto que en la actualidad parecen insuficientes en sí mismos los propios centros para albergar a los extranjeros que pudieran verse afectados por una solicitud de internamiento, de tal modo que la propia autoridad gubernativa rechaza presentar esa solicitud si no se dispusiera de

dominante bajo la vigencia de la LO 7/1985, la expulsión era la opción preferida para hacer frente a las situaciones de entrada y permanencia irregular en España, lo que requiere una importante actuación de detención e internamiento en Centros específicos para estos fines, lo que explica que estos Centros, pese a que la ley los califica formalmente de “no penitenciarios”, adolezcan de un régimen de condiciones de vida análogo al existente en las cárceles.

plazas suficientes. Dicha situación lleva a considerar que dependiendo del momento de la comisión de la infracción administrativa, o de la gravedad de ésta, o de la comisión conjunta de infracciones penales y administrativas, la autoridad gubernativa interesará del Juez de Instrucción el internamiento; y puede ocurrir que en el Centro de Internamiento coincidan a la vez extranjeros sin causa penal pendiente, con otros que si tienen que responden ante la justicia penal, y conforme al Código Penal, artículo 89, pueda autorizarse su expulsión, por lo que deberán diferenciarse de alguna manera a ambos.

En cuanto a la determinación del centro concreto donde se deba de verificar el internamiento, cabe entenderse que corresponderá a la autoridad gubernativa indicar al juez el lugar de internamiento, al tiempo de proponer el ingreso de un extranjero (artículo 58.5 en relación con artículo 62.1 LO 4/2000). En los expedientes de expulsión la elección del centro de internamiento donde se va a efectuar el ingreso se atribuye a la autoridad gubernativa, y la comunicación al Juez tiene por finalidad, no la obtención de una autorización respecto de dicho centro, sino facilitar el correspondiente control judicial de la medida. Por el contrario en los expedientes de retorno, es el Juez el que debe determinar el lugar donde hayan de ser internados hasta que llegue el momento del retorno (artículo 60.1 LO 4/2000 y artículo 156.3 Reglamento de ejecución)⁹³⁹.

⁹³⁹ El Defensor del Pueblo abrió una investigación sobre la Sala 4 en la terminal internacional del Aeropuerto de Barajas, ante la denuncia del Colegio de Abogados de que dicha Sala carece de soporte legal y vulnera los derechos de los inmigrantes. Dicha Sala se creó en 2003 por el Ministerio del Interior y estaba destinada a acoger a los rechazados de entrada en España y a los solicitantes de asilo. Aunque el Ministerio del Interior reiteró que nunca ha sido utilizada para albergar a extranjeros sobre los que pesa una orden de expulsión. En contra de ello existen ejemplos que demuestran que dicha afirmación es falsa. Así, un Juez de Instrucción de Bilbao, en auto de 29 de enero 2003, decía: *“Se autoriza el ingreso de J.M.A.P: en la Sala 4 del Aeropuerto Internacional de Madrid-Barajas, especialmente habilitado al efecto, habida cuenta de que en los centros de internamiento no penitenciarios que se encuentran en este país para estos fines (de expulsión) no*

También están regulados los Centros de Internamiento en el Reglamento de ejecución (RD 2393/2004), en cuyo artículo 153.1 y 2 se establece la posibilidad de acordar judicialmente el ingreso en centros de internamiento de extranjeros que no tengan carácter penitenciario. Este Reglamento dedica una Sección específica para regular las condiciones de estos centros; en concreto, Capítulo VI, artículos 153 a 155⁹⁴⁰.

Además, hay que tener en cuenta la Orden Ministerial de 24 de febrero de 1999, no expresamente derogada⁹⁴¹, sobre “Normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros”⁹⁴². En esta norma se determina la naturaleza y finalidad de los centros de internamiento para extranjeros, así como se delimitan los trámites que han de observarse en el ingreso, traslados y salidas de los centros y el régimen interno del propio centro. Sólo la plena adecuación de los centros de internamiento a los requisitos reglamentariamente establecidos garantizará que la restricción de la libertad que implica todo internamiento no incida de forma negativa en otros derechos del extranjero sujeto a tal medida. El artículo 27 de la citada Orden reconoce que salvo la limitación de su libertad ambulatoria, deben salvaguardarse todos sus derechos. Fija, asimismo, la necesidad de informar al afectado sobre su limitación de ambulatoria y los aspectos legales de la misma,

disponen de plazas..., por un plazo máximo de 40 días”. Noticia publicada en diario El País, de 6 de marzo de 2004.

⁹⁴⁰ El artículo 155 del Reglamento de ejecución de 2004 prevé que la creación de centros de internamientos de extranjeros se realizará por orden del Ministerio del Interior.

⁹⁴¹ Por orden del Ministerio de la Presidencia se establecerán las normas técnicas y organizativas que se consideren necesarias para el funcionamiento y el régimen interior de los centros de internamiento, según establece el artículo 155 del Reglamento de ejecución; mientras tanto se debe considerar vigente la OM de 22-II-1999.

⁹⁴² DORADO NOGUERAS, F.M./ RODRÍGUEZ CANDELA, J.L., (*Comentario sistemático a la Ley de extranjería*, cit., pág. 897) critican que las condiciones en que se desarrollaban los internamientos se regulasen por OM, norma de rango menor, que restringe al extranjero interno un gran número de derechos fundamentales como el derecho a la intimidad, el derecho a la libertad personal, el derecho a las comunicaciones privadas o el derecho a la asistencia religiosa, por ejemplo.

debiendo facilitar la comunicación con sus allegados y Abogados, y velar por su estado físico y sanitario. El interno también dispondrá, si lo necesitare, de intérprete.

A. RÉGIMEN GENERAL SOBRE FUNCIONAMIENTO

El artículo 62 sexies LO 4/2000, tras la reforma por LO 14/2003, hace referencia al funcionamiento y orden interior de los centros de internamiento, y lo hace de la siguiente forma: *“En cada centro de internamiento de extranjeros habrá un director responsable de su funcionamiento para lo cual deberá adoptar las directrices de organización necesarias, coordinando y supervisando su ejecución. Asimismo será el responsable de adoptar las medidas necesarias para asegurar el orden y la correcta convivencia entre extranjeros y asegurar el cumplimiento de sus derechos, y de la imposición de medidas a los internos que no respeten las normas de correcta convivencia o régimen interior”*.

Este régimen fue objeto de una regulación previa, todavía no derogada, por Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999, sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros. Según dicha normativa en cada centro existirán los siguientes órganos y servicios: Dirección (artículo 8), Unidad de Seguridad (artículo 9), Administración (artículo 10), Junta de Régimen (artículo 11), Servicio de Asistencia Sanitaria (artículo 12), y Servicio de Asistencia Social (artículo 13).

En cuanto a la competencia de estos centros, conforme al artículo 128 del Reglamento de ejecución, recae en el Ministerio del Interior a través de la

Dirección General de la Policía, lo que induce a pensar que estos Centros están pensados como lugares de seguridad y prevención y no como centros de asistencia e integración social de los inmigrantes⁹⁴³. Al margen de esta competencia en la dirección, coordinación, gestión y control de los mismos, ello no prejuzga las facultades propias del Juez de Instrucción a las que antes nos hemos referido.

En España existen tan sólo seis Centros de Internamiento de Extranjeros, repartidos cerca de las zonas con mayor densidad inmigratoria (Madrid, Barcelona, Murcia, Málaga, Las Palmas de Gran Canaria y Valencia), y en cada centro, hasta el año 2001, se venían a ingresar en su conjunto una media anual aproximada de 3000 personas⁹⁴⁴. En cada Centro de Internamiento, con una capacidad distinta, se produce un volumen diferente de internamientos atendiendo a la localización geográfica del mismo: Los internamientos por motivos de devolución y retorno se producen mayormente en Madrid, Barcelona y Canarias que en el resto de Centros⁹⁴⁵.

Los Centros de Internamiento están custodiados por la Policía, tanto externa como internamente y en su normativa reguladora se prevé la existencia de servicios médicos y asistencia social, colaborando también Organizaciones no gubernamentales en la prestación de servicios en el interior de estos centros.

⁹⁴³ Los CIEEx dependen orgánicamente del Jefe Superior de Policía, que nombra un Director del Centro, con categoría de Inspector Jefe, un Jefe de Seguridad, con la misma categoría; en su organización interna se nombran varios Jefes de turno y les asisten los policías necesarios fijados en plantilla.

⁹⁴⁴ La capacidad de cada centro es variable. En concreto el CIEEx de Valencia tiene una capacidad para 60 internos.

⁹⁴⁵ En el CIEEx de Valencia, durante el año 2003 se produjeron 193 internamientos, de los cuales un 10% correspondía a devoluciones y el resto a expedientes de expulsión. En el año 2004, se ingresaron en el CIEEx a 276 extranjeros, correspondiendo la misma proporción que en el anterior año a devoluciones y expedientes de expulsión.

Si bien su naturaleza es preventiva, y como los centros de internamiento no tienen carácter penitenciario, tales centros deben contar con las condiciones de asistencia sanitaria y social. En concreto, el artículo 154.6 del Reglamento de ejecución obliga a que en cada centro exista un servicio sanitario con disponibilidad de personal, instrumental y equipamiento necesario para la atención permanente y de urgencia de los internos. Además entre el personal de los centros existirán trabajadores sociales, bajo la coordinación de la dirección del centro, que realizarán las funciones de carácter asistencial que los internos requieran.

B. GARANTÍAS DEL RÉGIMEN DE INTERNAMIENTO EN CENTROS

Podemos distinguir distintas clases de garantías en el régimen del internamiento: procedimental, temporal y de comunicación con el exterior.

Como *garantía procedimental* se atribuye competencia decisoria o resolutoria al Juez Instructor, conforme al artículo 60.3 LO 4/2000, respecto del internamiento en relación a las órdenes de retorno. El control judicial es permanente mientras se encuentra en el Centro de internamiento, debiendo ser informada la autoridad judicial de cualquier circunstancia que afecte al extranjero. En el mismo sentido se dispone en el artículo 153.6 del Reglamento de ejecución: *“El extranjero, durante su internamiento, estará en todo momento a disposición del órgano jurisdiccional que lo autorizó, y la autoridad gubernativa deberá comunicar a aquel cualquier circunstancia en relación con la situación de dicho extranjero internado”*.

De esa naturaleza de disponibilidad del extranjero internado se desprende el deber de vigilancia sobre las condiciones en que se lleva a cabo

la privación de libertad. Sin embargo no se han previsto soluciones para uno de los problemas que suscita el funcionamiento de los Centros de Internamiento: la ineficacia probada de un control judicial realizado a distancia y sin intermediación alguna, que queda neutralizado si el competente es el Juez de Instrucción que determinó el internamiento, siempre que sea de una provincia diferente al Centro. Para subsanar esta deficiencia se propone atribuir la competencia para el control del internamiento a órganos más próximos, tales como Juez de Vigilancia Penitenciaria, el Juez de Instrucción del lugar del Centro, incluso al Juez de lo Contencioso-Administrativo⁹⁴⁶. Aunque no se ha previsto formalmente la intervención del Ministerio Fiscal, lo cierto es que éste debe asumir un papel importante en materia de extranjería, en su función garantista, tanto en el orden contencioso-administrativo, como en el orden jurisdiccional penal. Precisamente para coordinar la actuación del Ministerio Fiscal en relación con la expulsión de los extranjeros, se previó la creación en determinadas Fiscalías un “Servicio de Extranjería”. Entre las competencias o funciones de estos Servicios está la gestión de un “libro registro” de extranjeros internados cautelarmente, vigilando de forma individualizada la procedencia de la medida de internamiento, así como su ejecución en las condiciones legales, debiendo de efectuarse visitas periódicas y en todo caso trimestralmente a los referidos centros⁹⁴⁷.

Como *garantía temporal*, la duración de la estancia en el centro de internamiento viene regulada en el artículo 62.2 LO 4/2000, reformado por LO 8/2000, que establece dos límites, como antes hemos visto, uno cualitativo

⁹⁴⁶ Así opinan MONEREO PEREZ, J.L./ MOLINA NAVARRETE, C., *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración Social*, Granada, 2001, pág. 868.

⁹⁴⁷ La Instrucción 6/1991 de FGE preveía la regulación del “libro registro” de extranjeros internados preventivamente, debiendo destacar en los informes bimensuales cuantas sugerencias se consideren de interés y las dificultades que se encuentren en la prestación del servicio.

e incierto, y otro cuantitativo y cierto, cuarenta días como máximo, al que hay que añadir un plazo máximo que pueda fijar el Juez inferior al citado. Al respecto, también el artículo 153.3 del Reglamento establece: *“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, debiéndose proceder por la autoridad gubernativa a realizar las gestiones necesarias para la obtención de la documentación que fuese necesaria con la mayor brevedad posible”*.

En la práctica, es frecuente que la Administración tenga problemas para expulsar al extranjero, por falta de documentación o por no reconocimiento del país receptor, debiendo gestionarse en el menor tiempo posible tal documentación para hacer posible la expulsión del extranjero⁹⁴⁸; y es que los problemas que tiene la Administración para expulsar sólo pueden encontrar solución en los Convenios Internacionales que los países de la Unión Europea firmen con los países fronterizos a la Unión Europea y con los países de origen de los extranjeros que vayan a ser devueltos por acuerdos de readmisión⁹⁴⁹.

⁹⁴⁸ En el año 2003, el Subdelegado del Gobierno de la Comunidad Valenciana dictó 894 resoluciones de expulsión, siendo ejecutadas materialmente 233 expulsiones por la Brigada Provincial de Extranjería y Documentación de Valencia. En el año 2004 la Subdelegación del Gobierno de la Comunidad Valenciana dictó 1512 resoluciones de expulsión, siendo materializadas por la Brigada Provincial de Extranjería de Valencia un total de 393 expulsiones.

⁹⁴⁹ En la práctica policial encontramos diversidad de requisitos que exigen los distintos países receptores de los extranjeros expulsados. Con carácter general se puede afirmar que es un requisito, previo a la ejecución de la expulsión, la documentación del extranjero y el reconocimiento de la identidad y nacionalidad por el país receptor. Sin ánimo de ser exhaustivo, existen países que no documentan al extranjero y por lo tanto no permiten su devolución: La República del Congo, Gambia, Guinea Bissau, Guinea Conakry, Malí, Mauritania, o China; también existen países que documentan con mucha dificultad: Croacia, Etiopía, India, o Libia. Además existen otros países que exigen entrevista personal con el Cónsul o Embajador, previa a su expulsión, como ocurre con Albania, Argelia, Ghana, Nigeria, Paquistán, Rusia, o Túnez. Finalmente, existen otros países que no plantean tales dificultades y permiten la expulsión con mayor facilidad y asiduidad, así ocurre con Bulgaria, Colombia, Ecuador, Marruecos, Perú, Rumanía y Ucrania, entre otros.

Finalmente, el apartado 4.º del artículo 62 LO 4/2000 recoge una tradicional *garantía de transparencia exterior* sobre la situación de internamiento del extranjero, al disponer: “4. *La incoación del expediente, las medidas cautelares de detención e internamiento y la resolución final del expediente de expulsión serán comunicadas al Ministerio de Asuntos Exteriores y a la embajada o consulado de su país*”⁹⁵⁰. En el mismo sentido se recoge en el artículo 153.4 del Reglamento de ejecución, que establece: “4. *La detención de un extranjero a efectos de expulsión, devolución o retorno será comunicada al consulado competente, al que se le facilitarán los datos sobre la personalidad del extranjero y la medida de internamiento. Esta comunicación se dirigirá al Ministerio de Asuntos Exteriores, y de Cooperación cuando no se haya podido notificar al consulado o este no radique en España. Si así lo solicitase el extranjero, se comunicará el internamiento a sus familiares u otras personas residentes en España*”.

C. ESTATUTO JURÍDICO DEL EXTRANJERO INTERNADO

⁹⁵⁰ La plasmación real de esta medida está condicionada a la suscripción de un convenio internacional. Entre los suscritos pueden citarse: Acuerdo de 29 de marzo de 1991, entre las partes contratantes en el Acuerdo de Schengen y la República de Polonia sobre readmisión de personas en situación irregular; Acuerdo de 13 de febrero de 1992, entre el Reino de España y el Reino de Marruecos sobre circulación de personas, tránsito y readmisión de extranjeros entrados ilegalmente; Convenio de 15 de febrero de 1993, entre el Reino de España y la República Portuguesa sobre readmisión de personas en situación irregular; Acuerdo de 29 de abril de 1996, entre España y Rumania sobre readmisión de personas en situación irregular; Acuerdo de 18 de noviembre de 1998, entre el Reino de España y la República de Lituania, sobre readmisión de personas en situación irregular; Acuerdo de 30 de marzo de 1999, entre el Reino de España y la República de Letonia, sobre readmisión de personas en situación irregular; Acuerdo de 28 de junio de 1999, entre el Reino de España y la República de Estonia, sobre readmisión de personas en situación irregular; Acuerdo de 4 de noviembre de 2000, entre el Reino de España y la República Italiana, sobre readmisión de personas en situación irregular.

Aunque los centros de internamiento no tienen carácter penitenciario, conforme establece la ley, sin embargo la organización general y las normas de régimen interior se regulan paralelamente con los centros penitenciarios. La relación jurídica del extranjero sometido a la medida preventiva de internamiento mantiene las características de la relación jurídica penitenciaria, con las salvedades propias y lógicas de la materia⁹⁵¹. El extranjero interno adquiere un estatuto jurídico específico del que destaca su sometimiento al poder público ejercido por la Administración, que tiene encomendada una función preventiva y cautelar dirigida a la retención y custodia de los extranjeros mientras dura la tramitación del expediente administrativo de expulsión, debiendo de cuidar de garantizar y velar por la seguridad y el buen orden del centro de internamiento, y por parte del extranjero surte el correlativo deber de acatar y observar las normas de régimen interior reguladoras de la vida del establecimiento⁹⁵².

Desde la entrada de un extranjero en un centro de internamiento se vincula al interno con la Administración, y al establecerse una relación de sujeción especial le somete a un poder administrativo autónomo. Esta relación de sujeción especial ha de ser entendida en un sentido reductivo compatible con el valor preferente de los derechos fundamentales. Pese a la naturaleza de las relaciones jurídicas que se establecen entre la Administración y los internos, éstos conservan todos los derechos reconocidos a los ciudadanos por nuestro ordenamiento, con excepción del derecho a la libertad de

⁹⁵¹ SÁEZ VALCÁRCEL, R., (*La libertad del inmigrante. Un derecho vulnerable*, Cuadernos de Derecho Judicial. CGPJ. 1996, pág. 257) define a los centros de internamiento, parafraseando a E. GOFFMAN, en "Internados", como "centros de reclusión, dentro del grupo de las instituciones totales a proteger a la comunidad contra determinados sujetos, que no persiguen el bienestar de los internos"(...) "La única diferencia con los centros penitenciarios es que en los establecimientos de extranjeros no se aplica la normativa especial penitenciaria, lo que implica, paradójicamente, la inexistencia de un estatuto jurídico de derechos de los reclusos".

movimientos; y las actuaciones de la Administración deberán llevarse a cabo “*respetando la personalidad humana de los reclusos y los derechos e intereses de los mismos*” (STC 57/1994). Por ello, los poderes que la ley concede a la Administración para prevenir y eliminar alteraciones de orden público en los centros y para sancionar administrativamente las infracciones de dicho régimen, vienen limitados por los derechos fundamentales de los internos y sus actos están sometidos al control judicial, que corresponde al Juez de Instrucción que acordó el internamiento, que será quién determine si existió o no vulneración de derechos fundamentales de los internos y resolverán las quejas y peticiones en defensa de los derechos de los extranjeros.

De la relación entre la Administración y los internos surgen una serie de derechos y deberes recíprocos, cuyo contenido se recogen en el Reglamento de ejecución en los artículos 153 a 156, siendo de complemento la OM de 11 de febrero de 1999, sobre normas de funcionamiento y régimen interior de los centros de internamiento de extranjeros. De entre ellos destaca la obligación de la Administración que tiene de retener y custodiar a los internos, con la finalidad de garantizar la presencia del extranjero durante la sustanciación del expediente administrativo, y garantizar por la seguridad y el buen orden en el centro; y de otro, el correlativo deber del interno de acatar y observar las normas de régimen interior reguladoras del centro.

El mencionado artículo 153.7 del Reglamento cuida de señalar la garantía y goce de los derechos que ostenta el extranjero⁹⁵³, salvo aquellos

⁹⁵² DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., *Detención e internamiento de extranjeros...*, cit., pág. 5.

⁹⁵³ El artículo 153 establece: “7. Las personas ingresadas en centros de internamiento de carácter no penitenciario gozarán durante este de los derechos no afectados por la medida judicial de internamiento y, en especial, de aquellos recogidos en los artículos 62 bis y 62 quáter de la LO 4/2000, de 11 de enero. Igualmente, estarán obligados a cumplir y respetar los deberes y

afectados por el internamiento; así, en concreto, el interno tiene derecho a la asistencia letrada e interprete y a ser informado de las disposiciones administrativas y resoluciones judiciales que les afecten o puedan afectarles. Es claro que la situación de sujeción especial de un extranjero en un centro de internamiento no puede implicar la eliminación de sus derechos fundamentales⁹⁵⁴.

A la vista de esta especial relación jurídica entre Administración y extranjero internado en Centro, podemos hablar de un estatuto jurídico del extranjero internado⁹⁵⁵. En esa relación jurídica existen derechos y deberes del interno. Vamos a examinar más detenidamente los derechos y deberes de los extranjeros internos, no sin antes dejar de tratar las condiciones de ingreso del extranjero en el centro de internamiento.

1. Condiciones de ingreso

El artículo 129 del Reglamento de ejecución de 2001 recogía cuáles son las condiciones del ingreso del extranjero en los centros de internamiento. En primer lugar, desde el ingreso del extranjero en el centro se exigirá el historial personal del mismo, en el que constarán, entre otros, los motivos de su detención, los antecedentes, las circunstancias personales, la autoridad judicial a cuya disposición se encuentre y el letrado que lo asista⁹⁵⁶. En el momento

obligaciones derivadas de la condición de internamiento, en los términos establecidos en la Lo 4/2000, de 11 de enero, y sus normas de desarrollo”.

⁹⁵⁴ La STC 127/1996, de 9 de julio, (RTC 1996, 127), recoge la doctrina establecida por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (*Caso Campbell y Fell*) en el sentido de que la Justicia no se detiene en la puerta de las prisiones, y por lo tanto tampoco la justicia se debe detener en la puerta de los centros de internamiento de extranjeros.

⁹⁵⁵ Así lo recoge DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., *La detención y el internamiento...*, cit., pág. 5.

⁹⁵⁶ Es importante reseñar los antecedentes policiales en materia de extranjería de que se disponga para determinar la verdadera nacionalidad e identidad, tales como si ha existido algún expediente

del ingreso la información se les facilitará en el idioma extranjero o de forma que resulte comprensible al mismo. En segundo lugar, los extranjeros, en el momento del ingreso, serán sometidos a un examen médico por el servicio sanitario del centro.

La documentación referente a los extranjeros internados en el Centro queda custodiada por la autoridad policial, bajo cuya dependencia el personal administrativo tramita la documentación necesaria para materializar la expulsión⁹⁵⁷.

2. Derechos de los extranjeros internados

De entre los derechos se pueden distinguir aquellos inalterables por su condición de derechos humanos fundamentales y otros derechos que si pueden ser objeto de restricción. La LO 4/2000 reconoce de manera genérica dichos derechos en el artículo 3⁹⁵⁸, y el artículo 153.7 del Reglamento de ejecución, sobre igualdad con los españoles e interpretación de las normas; y de manera concreta en el nuevo artículo 62 bis LO 4/2000 introducido por la LO 14/2003, de 20 de noviembre.

incoado con anterioridad, propuesta de expulsión y resolución de expulsión dictadas con la misma identidad.

⁹⁵⁷ En la Brigada Provincial de Extranjería de Valencia, dependiente de la Jefatura Superior de Policía de Valencia, existen diversos Grupos policiales, el Grupo IV, dirigido por un Inspector Jefe, se encarga de la incoación de expedientes de extranjería y de los internamientos en el CIEx; y el Grupo I, dirigido por un Inspector Jefe, se encarga de las propuestas de expulsión y de materializar las expulsiones ya aprobadas por el Delegado del Gobierno.

⁹⁵⁸ Artículo 3.1 LO 4/2000: *“Los extranjeros gozarán en España de los derechos y libertades reconocidos en el Título I de la Constitución en los términos establecidos en los Tratados internacionales, en esta Ley y en las que regulen el ejercicio de cada uno de ellos. Como criterio interpretativo general, se entenderá que los extranjeros ejercitan los derechos que les reconoce esta Ley en condiciones de igualdad con los españoles”*.

Son derechos inherentes a la persona humana, y por lo tanto inatacables: Los derechos referentes a la personalidad, como derecho a la vida, integridad física y moral, a la dignidad humana, a la igualdad y a la libertad religiosa. Los derechos civiles como el respeto a la propiedad privada, derecho a la educación y el acceso a la cultura.

El reconocimiento de estos derechos se deriva de su regulación genérica en el artículo 27.1 de la Orden citada, y de su regulación concreta en los artículos 12, 13 y 14.5 (asistencia sanitaria, social y alimenticia); artículo 29 (horario de actividades y descanso diario); artículos 23 y 25 (vestimenta de ropa y cama y muebles); artículo 14.4 y 6 (alojamiento con separación de sexos y agrupación familiar de los cónyuges); artículo 32 (actividad religiosa); y artículo 31 (actividades recreativas y culturales).

Junto a estos derechos fundamentales existen otros derechos relacionados con la privación de libertad deambulatoria derivados del régimen interior del centro de internamiento, los cuales si pueden ser limitados gradualmente, como son: Derecho de información (artículos 20, 27.2 a) y 33); derecho a las comunicaciones y contactos con el exterior (artículo 30); derecho de participación (artículo 28). Estos derechos pueden ser suspendidos o limitados por razones de seguridad del centro o peligrosidad del interno.

Tras la reforma por LO 14/2003, de 20 de noviembre, se incorpora un nuevo artículo 62 bis a la LO 4/2000, que enumera los derechos de los extranjeros internados. Esta incorporación viene derivada de la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 2003, relativa a la necesaria regulación, en la citada Ley Orgánica, de determinados preceptos del Reglamento de

ejecución⁹⁵⁹. En concreto se establecen los siguientes derechos: “a) *A ser informado de su situación;* b) *A que se vele por el respeto a su vida, integridad física y salud, sin que pueda en ningún caso ser sometidos a tratos degradantes o a malos tratos de palabra o de obra y a que sea preservada su dignidad y su intimidad;* c) *A que se facilite el ejercicio de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las derivadas de su situación de internamiento;* d) *A recibir asistencia médica y sanitaria adecuada y ser asistidos por los servicios de asistencia social del centro;* e) *A que se comuniquen inmediatamente a la persona que designe en España y a su abogado el ingreso en el centro, así como a la oficina consular del país del que es nacional;* f) *A ser asistido de abogado, que se*

⁹⁵⁹ Establece la STS de 23 de marzo de 2003, FJ 15.º: “*El artículo impugnado (130.6 Reglamento de ejecución) se refiere a cuestiones que atañen directamente al estatuto jurídico de los extranjeros que hayan sido ingresados en centros de internamiento al amparo de lo dispuesto en los artículos 60 y 62 LO 4/2000, y por tanto dicho estatuto jurídico en cuanto afecte y limite el ejercicio de diversos aspectos esenciales del derecho a la libertad de los extranjeros, más allá del derecho ambulatorio a que se refiere el artículo 60.2 de la LO 8/2000, tal es el caso de imponer una limitación cuantitativa mediante la expresión “periódicamente” a la posibilidad de comunicación con familiares o representantes diplomáticos del país de origen, o el establecer la posibilidad de imponer medidas correctivas a los “internos” que no respetan las normas de convivencia sin especificar cuáles sean unas y otras, ni estas vengan establecidas en la ley, ha de ser regulado por Ley debido a la exigencia constitucional. Así lo entendió ya el legislador en relación a una situación de privación de libertad que el Tribunal Constitucional ha considerado asimilable a lo que ahora nos ocupa en cuanto a garantías exigibles, cual es la detención preventiva, supuesto en el que el estatuto jurídico de los afectados por la medida ha sido regulado por LO 1/1979. En efecto, en esta LO se regulan cuestiones tales como la obligación de cumplir las normas de régimen interior, asistencia sanitaria, régimen disciplinario, comunicaciones de los internos, asistencia religiosa, etc., cuestiones a las que se refiere la norma reglamentaria que ahora se impugna. En consecuencia, el precepto debe ser anulado por insuficiencia de rango en todo aquello que suponga limitación de derechos al margen del artículo 60 de la LO 8/2000 que en su número 2, en su último inciso, dispone que “los extranjeros internados estarán privados únicamente del derecho ambulatorio. Por tanto los apartados 2 y 6 del precepto que nos ocupa no pueden ofrecer duda en cuanto a la procedencia de su anulación, si bien es obligado resaltar que el apartado 6 debe ser anulado en cuanto establece un criterio de periodicidad en las comunicaciones, periodicidad que implica limitación a un derecho que esta Sala afirma resulta incuestionable y no susceptible de limitación por vía reglamentaria como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 60.2 LO 8/2000 antes transcrito. No procede, por el contrario, la anulación de los párrafos 4 y 5 por cuanto se limitan, aun cuando ello fuera innecesario, a reconocer el derecho a enviar y recibir correspondencia, a mantener conversaciones telefónicas y a la libertad religiosa”.*

proporcionará de oficio en su caso, y a comunicarse reservadamente con el mismo, incluso fuera del horario general del centro, cuando la urgencia del caso lo justifique; g) A comunicarse en el horario establecido en el centro, con sus familiares, funcionarios consulares de su país u otras personas, que sólo podrán restringirse por resolución judicial; h) A ser asistido de intérprete si no comprende o no habla castellano y de forma gratuita, si careciese de medios económicos; i) 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”.

3. Límites de los derechos del extranjero internado

Respecto a estos derechos no existe un régimen claro de infracciones y sanciones en la Orden Ministerial de 22 de febrero de 1999⁹⁶⁰, lo que hace razonables las críticas sobre la inseguridad jurídica de los extranjeros internados, aún a pesar de los criterios de oportunidad, congruencia y proporcionalidad que se recogen en el artículo 34 de la Orden Ministerial, de manera genérica. Son muchos los problemas que se plantean ante las quejas y situaciones conflictivas en las que no se sabe qué tipo de recursos admitir, si tienen o no eficacia suspensiva y la autoridad competente para resolverlo⁹⁶¹. Tan sólo se habla en el artículo 33.3 OM 22-2- 1999 de “*interponer los recursos que correspondan ante el Juez de Instrucción a cuya disposición se*

⁹⁶⁰ Ello ha dado lugar a la crítica de ciertos autores. ALARCÓN MOHEDANO, I./ DE MARTÍN SANZ, L.V., *La nueva regulación de los centros de internamiento de extranjeros*, cit., pág. 13. Opinan que el artículo 34 de la Orden no encaja dentro de los principios de legalidad y tipicidad. No recoge un cuadro de infracciones y sanciones correspondientes, siendo el Director del Centro quien tiene la potestad sancionadora de manera amplia, pudiendo aplicar la sanción que estime oportuna, aislar en celdas de castigo, prohibir la salida al patio, prohibir las comunicaciones, etc; de manera casi arbitraria.

encuentren o ante el Ministerio Fiscal". Tampoco aclaraba mucho el artículo 130.2 del Reglamento de ejecución, de 2001, al decir: *"En cada centro existirá una Junta compuesta, además del Director del mismo, por el facultativo y un trabajador social, que asesorará a aquél en la imposición de medidas a los internos que no respeten las normas de convivencia y de régimen interior, que deberán, en su caso, ser comunicadas a la autoridad judicial que autorizó el internamiento"*. Este artículo ha sido anulado por Sentencia del Tribunal Supremo, Sala III, de 20 de marzo de 2003, en cuyo Fundamento Jurídico decimoquinto se dice: *"La cuestión que debe dilucidarse en este punto es la de si las cuestiones a que se refiere el precepto impugnado tiene o no reserva de ley, con independencia de si ésta ha de ser o no Ley Orgánica(...) El artículo impugnado se refiere a cuestiones que atañen directamente al estatuto jurídico de los extranjeros que hayan sido ingresados en centros de internamiento al amparo de lo dispuesto en los Artículos 60 y 62 LO 4/2000, y por tanto dicho estatuto jurídico en cuanto afecte y limite el ejercicio de diversos aspectos esenciales del derecho a la libertad de los extranjeros,(...) tal es el caso de establecer la posibilidad de imponer medidas correctivas a los internos que no respetan las normas de convivencia sin especificar cuáles sean unas y otras, ni estas vengan establecidas en la ley, ha de ser regulado por Ley debido a la exigencia constitucional(...)En consecuencia el precepto debe ser anulado por insuficiencia de rango en todo aquello que suponga limitación de derechos al margen del artículo 60 LO 8/2000"*.

Consecuencia de esta anulación, la LO 14/2003, de 20 de noviembre, introduce un nuevo artículo 62 sexies en la LO 4/2000 que establece: *"En cada Centro de Internamiento de Extranjeros habrá un Director responsable de su*

⁹⁶¹ DEL RÍO FERNÁNDEZ, L., *Detención e internamiento de extranjeros...*, cit., pág. 5.

funcionamiento para lo cual deberá adoptar las directrices de organización necesarias, coordinando y supervisando su ejecución. Asimismo será el responsable de adoptar las medidas necesarias para asegurar el orden y la correcta convivencia entre extranjeros y asegurar el cumplimiento de sus derechos, y de la imposición de medidas a los internos que no respeten las normas de correcta convivencia o régimen interior". En el mismo sentido se recoge en el artículo 154.2 del Reglamento de ejecución⁹⁶².

4. Régimen de reclamaciones de los internados

También los derechos reconocidos a los extranjeros internados necesitan de una protección para poder ejecutarlos correctamente. Un ejemplo de esa protección la encontramos en el derecho a la asistencia letrada del artículo 27.2 d) de la OM 22-2-1999, o en el derecho de presentar quejas o peticiones del artículo 27.2, c) de la citada Orden, más desarrollado en el artículo 33⁹⁶³.

⁹⁶² Artículo 154.2 del Reglamento de ejecución dice: "En cada centro de internamiento de extranjeros habrá un director responsable de su funcionamiento para lo cual deberá adoptar las directrices de organización necesarias, coordinar y supervisar su ejecución. Asimismo, será el responsable de adoptar las medidas necesarias para asegurar el orden y la correcta convivencia entre los extranjeros y asegurar el cumplimiento de su derechos, y de la imposición de medidas a los internos que no respeten las normas de correcta convivencia o régimen interior, que deberán ser comunicadas a la autoridad judicial que autorizó el internamiento".

⁹⁶³ El artículo 33 de la OM de 22-2-1999 establece: "2. Todo extranjero ingresado tiene derecho a solicitar entrevista personal con el Director del Centro a fin de formular peticiones y quejas sobre aspectos relativos al funcionamiento del centro, pudiendo presentarlas por escrito y, si así lo desea, en sobre cerrado, expidiéndosele en este caso el correspondiente recibo. 3. Con independencia de lo dispuesto en el apartado anterior, los extranjeros ingresados podrán formular las peticiones o quejas, o interponer los recursos que correspondan ante el Juez de Instrucción a cuya disposición se encuentren o ante el Ministerio Fiscal. 4. Asimismo, los extranjeros ingresados podrán dirigir peticiones y quejas al Defensor del Pueblo y a los organismos e instituciones que consideren oportuno, las cuales no podrán ser objeto de censura de ningún tipo. 5. Todas las peticiones y quejas a que se refieren los apartados anteriores deberán presentarse ante el Director del centro, que las remitirá, en el plazo máximo de cuarenta y ocho horas, a la autoridad u órgano

Con el fin de que esta posibilidad de protección sea regulada por ley, por mandato de la STS de 20 de marzo de 2003, la LO 14/2003, introduce un nuevo artículo 62 quater en la LO 4/2000, que establece: “1. Los extranjeros recibirán a su ingreso en el centro información escrita sobre sus derechos y obligaciones, las cuestiones de organización general, las normas de funcionamiento del centro, las normas disciplinarias y los medios para formular peticiones o quejas. La información se les facilitará en un idioma que entiendan.

2. Los internados podrán formular, verbalmente o por escrito, peticiones y quejas sobre cuestiones referentes a su situación de internamiento. Dichas peticiones o quejas también podrán ser presentadas al Director del centro, el cual las atenderá si son de su competencia o las pondrá en conocimiento de la autoridad competente, en caso contrario”.

La falta de desarrollo y concreción en esta materia, determinando las autoridades competentes, así como las materias susceptibles o no de control judicial, o queja administrativa, pueden llevar en la práctica a importantes problemas, no resueltos por la LO 4/2000, ni por el Reglamento de ejecución⁹⁶⁴.

a quien vayan dirigidas. 6. Las peticiones y quejas que formulen los extranjeros ingresados quedarán registradas, entregándose a los mismos recibo o copia simple fechada y sellada de las peticiones y quejas. Las resoluciones que se adopten al respecto se notificarán por escrito a los interesados, con expresión, en su caso, de los recursos que procedan, plazos para interponerlos y órganos ante los que se han de presentar”.

⁹⁶⁴ ALARCÓN MOHEDANO, I./ DE MARTÍN, L.V., (La nueva regulación de los centros de internamiento de extranjeros, cit., pág. 12) se plantean ante la posibilidad de interponer quejas y peticiones por los internos ¿Qué competencia tiene el Juez de Instrucción o el Ministerio Fiscal para solucionar y resolver sobre el funcionamiento de los centros que dependen de la Dirección General de la Policía?. Los citados autores consideran más adecuado establecer un sistema de recursos ante el Juez de Instrucción para resolver los problemas de su situación personal, como libertad, sanciones, traslados, así como los temas de orden y funcionamiento interno del centro, que se resolverían en un breve plazo de tiempo, ya que la estancia de los extranjeros es por días a la espera de la expulsión.

5. Deberes de los extranjeros internados

Correlativo a los derechos enunciados aparecen los deberes de los extranjeros. El primero y fundamental es el deber de permanencia en el centro. El segundo, acatar las normas de régimen interior, y, en tercer lugar, deberes respecto a las autoridades, funcionarios y demás extranjeros internados.

Respecto a los deberes de régimen interno, éste debe observar unas normas de convivencia, higiene, sanidad y conservación de los bienes materiales de su entorno, fijándose un régimen sancionador en caso de incumplimiento.

De manera concreta el nuevo art. 62 ter LO 4/2000, introducido por LO 14/2003, expresamente reconoce los siguientes deberes de los extranjeros: "a) *A permanecer en el centro a disposición del juez de instrucción que hubiere autorizado su ingreso; b) A observar las normas por las que se rige el centro y cumplir las instrucciones generales impartidas por la dirección y las particulares que reciban de los funcionarios en el ejercicio legítimo de sus funciones, encaminadas al mantenimiento del orden y la seguridad dentro del mismo, así como las relativas a su propio aseo e higiene y la limpieza del centro; c) Mantener una actividad cívica correcta y de respeto con los funcionarios y empleados del centro, con los visitantes y con los otros extranjeros internados, absteniéndose de proferir insultos o amenazas contra los mismos, o de promover o intervenir en agresiones, peleas, desórdenes y demás actos individuales o colectivos que alteren la convivencia; d) Conservar el buen estado de las instalaciones materiales, mobiliario y demás efectos del centro, evitando el deterioro o inutilización deliberada, tanto de*

éstos como de los bienes o pertenencias de los demás extranjeros ingresados o funcionarios; e) Someterse a reconocimiento médico a la entrada y salida del centro, así como en aquellos casos en que, por razones de salud colectiva, apreciadas por el servicio médico, y a petición de éste, lo disponga el director del centro”.

La infracción de tales derechos tendrá como repercusión alguna de las medidas sancionadoras reguladas en el artículo 34 de la OM 22-2-1999 para garantizar el orden y la convivencia en los centros de internamiento⁹⁶⁵.

Por otra parte, el artículo 153.7 del Reglamento de ejecución establece: *“Igualmente, estarán obligados a cumplir y respetar los deberes y obligaciones derivados de la condición de internamiento, en los términos establecidos en la LO 4/2000, de 11 de enero y sus normas de desarrollo”.* Con esta parca regulación no se ha aprovechado la ocasión de que el nuevo Reglamento de ejecución regule de forma expresa medidas para mantener el buen orden en los centros de internamiento de extranjeros y poder comunicar las actuaciones de forma inmediata a la autoridad judicial⁹⁶⁶.

⁹⁶⁵ El artículo 34 OM 22-2-1999, dice: “1. En los supuestos de alteración del orden y de la seguridad del centro o de sus empleados o de otros extranjeros ingresados, derivada del incumplimiento de las obligaciones mencionadas en el apartado anterior, el Director del centro podrá autorizar, por el tiempo estrictamente necesario, el empleo de la fuerza física legítima con el fin de restablecer la normalidad, todo ello bajo los criterios de oportunidad, congruencia y proporcionalidad. En caso de urgencia tales medidas serán adoptadas por el Jefe de la Unidad de Seguridad, el cual dará cuenta con la mayor brevedad posible al Director del centro.

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

⁹⁶⁶ Así, el Pleno del CGPJ, de 20 de junio 2001, en un informe al proyecto de Reglamento sobre Derechos y Libertades de los extranjeros, se recomendaba que el nuevo Reglamento regule de forma expresa medidas para hacer frente a las incidencias que originen los internos.

La regulación se completa con el artículo 62 quinquies LO 4/2000, introducido por LO 14/2003, de 20 de noviembre, que regula las medidas de seguridad a imponer por la Dirección del Centro siempre que fuera necesario para la seguridad en los centros, y con el fin de impedir actos de fuga, daños en las instalaciones del centro o evitar la resistencia contra los funcionarios del centro. Estas medidas, que podrán consistir en medios de contención física personal, no podrán suponer una sanción encubierta y sólo se usarán cuando no exista otra manera menos gravosa y por el tiempo estrictamente necesario.

X. EL INTERNAMIENTO DE MENORES

Podemos hacer referencia a dos tipos de supuestos en los que el extranjero menor de edad se encuentra en centros de internamiento. Por un lado, los centros de protección de menores. Por otro, los centros de internamiento propiamente dichos, regulados en la LO 4/200 y en la Orden Ministerial de 22-2-1999.

A. INTERNAMIENTO EN CENTROS DE PROTECCIÓN

Cuando el extranjero menor de edad pasa a depender de los servicios de protección de menores correspondientes, lo normal será su ingreso en un centro de protección, por carecer de familiares mayores de edad en nuestro país. La tendencia actual se orienta hacia los denominados “pisos tutelados”, frente a los grandes centros. La masificación de estos últimos, la mezcla de edades y nacionalidades hace que las autoridades asistenciales prefieran hoy

en día la dispersión de los menores en pisos en los que el reducido número de convivientes y su homogeneidad, elimine problemas y favorezca su formación.

En los centros de protección de menores se ha de garantizar que éstos reciban la adecuada asistencia sanitaria y educativa. En este sentido, la LO 4/2000 supuso un avance importante en el reconocimiento del derecho a la asistencia sanitaria de los extranjeros en España, estableciéndose ese derecho específicamente para los extranjeros menores de edad, sin restricciones ni condiciones (artículo 12.3 LO 4/2000, reformado por LO 8/2000).

En cuanto al derecho a la educación, se sigue garantizando para los extranjeros menores de edad, configurándose no sólo como derecho sino también como deber (artículo 9.1 LO 4/2000).

B. CENTROS DE INTERNAMIENTO DE MENORES

El artículo 62.3 LO 4/2000 se refiere al internamiento de menores extranjeros, disponiendo: “3. *Los menores en los que concurran los supuestos previstos para el internamiento serán puestos a disposición de los servicios competentes de protección de menores. El Juez de Menores, previo informe favorable del Ministerio Fiscal, podrá autorizar su ingreso en los centros de internamiento de extranjeros cuando también lo estén sus padres o tutores, lo soliciten éstos y existan módulos que garanticen la intimidad familiar*”⁹⁶⁷. En realidad este artículo supone una exclusión de la posibilidad de recurrir al internamiento en estos centros, basado en circunstancias subjetivas, aunque

⁹⁶⁷ Asimismo lo establece el artículo 153.8 del Reglamento de ejecución. Y la Instrucción 6/2004, de 26 de noviembre de 2004, de FGE, en el sentido de que una vez determinada la edad y

abre la vía a que en determinadas circunstancias familiares sí pueda acudir a ella, en aras del interés del menor a la vida en familia, aunque sea en régimen de “internamiento”.

Ésta es la única ocasión en que la LO 4/2000 habla de internamiento preventivo de un menor de edad, y le atribuye la competencia para acordarlo al Juez de Menores. Hay que anotar que el legislador descarta al Juez de Instrucción que autorizó el internamiento de sus padres o tutores, o al Juez de Familia o de Primera Instancia que resolvería sobre las cuestiones derivadas de una situación de desamparo. Es el Juez de Menores, por expreso mandato legal, quien asume la condición de verdadero Juez de garantías en todos aquellos procesos que afectan a los derechos fundamentales de un menor de edad⁹⁶⁸.

1. Supuestos de internamiento en Centro de Internamiento

Algún autor ha apuntado que el primer párrafo del artículo 62.3 LO 4/2000: “*Los menores en los que concurran los supuestos previstos para el internamiento serán puestos a disposición de los servicios competentes de protección de menores...*”, es ciertamente confuso⁹⁶⁹; puesto que no añade

siempre que el indocumentado resulte ser menor o quepa duda de que pueda serlo sea puesto sin dilación a disposición de los servicios competentes de protección de menores.

⁹⁶⁸ En ese sentido LÓPEZ LÓPEZ, A.M., (*Expulsión, retorno y devolución de extranjeros menores de edad*, cit., pág. 10) estima que los Magistrados especialistas en menores son los que mejor pueden valorar el superior interés del menor, en aquellos aspectos en que éste pueda verse afectado en su relación con la Administración de Justicia. No se puede despreciar la experiencia y superior formación de los Jueces de Menores, permitiendo que sus competencias naturales sean desempeñadas por distintos órdenes jurisdiccionales, siempre que su intervención sea legalmente posible, como sucede cuando se hace precisa la autorización judicial de ingreso en centros de internamiento de los menores extranjeros.

⁹⁶⁹ GARCÍA-PANASCO MORALES, G., (*El extranjero menor de edad*, cit., pág. 278) no entiende como el Legislador ha introducido este primer inciso del apartado 3 del art. 62, que puede dar lugar a interpretaciones contrarias al interés de los menores, y que, sin embargo, es perfectamente

nada nuevo a lo regulado, y es perturbador, dado que parece que permite existan menores en los que concurra alguna causa de expulsión, devolución o retorno, que son los supuestos en los que cabe el internamiento (artículos 58.5, 60 y 62 LO 4/2000), y no se encuentre, además, en situación de desamparo. Parece evidente que un menor que pretende entrar ilegalmente en territorio español y que es rechazado en frontera (supuesto de retorno), se encuentra en situación de desamparo, porque la ilegalidad de su intento de entrada vendrá determinada por la carencia de documentación alguna, que es lo que le fuerza a la clandestinidad, aplicando a partir de ese momento el artículo 35 LO 4/2000⁹⁷⁰.

En el supuesto de que el menor venga acompañado de parientes mayores de edad, la sujeción de éstos a un expediente administrativo sancionador supone, de hecho, la situación de desamparo del menor, con las consecuencias legales previstas, y sin perjuicio de la reagrupación familiar simultánea a la ejecución del retorno. Lo mismo cabe decir respecto de cualquier causa de expulsión.

En cuanto al supuesto de devolución en que cabe el internamiento (artículo 58. 2 y 5 LO 4/2000) no es predicable de los menores, puesto que al no ser posible expulsarlos solos, no pueden contravenir la prohibición de entrada en nuestro país que conlleva toda expulsión, y que constituye la causa de devolución mencionada⁹⁷¹.

prescindible, al establecer un principio básico y general ya previsto en el artículo 35 de la propia norma.

⁹⁷⁰ En ese sentido se expresa la Instrucción num. 6/2004, de 26 de noviembre 2004, de la FGE.

⁹⁷¹ FABREGA RUIZ, C. *Retorno de inmigrantes...*, cit., pág. 6, estima que “*los menores extranjeros sólo pueden expulsarse con sus progenitores o ser repatriados de acuerdo con el artículo 35 LO 4/2000, lo que es una forma de reagrupación familiar completada con la posibilidad de puesta a disposición del menor de los servicios de protección de su país y limitada siempre por el interés superior del menor*”. En el mismo sentido se expresa la Circular 3/2001 de la Fiscalía General del Estado.

Tampoco queda claro con la actual redacción del artículo 62.3 LO 4/2000 si el internamiento sólo procede cuando los padres o tutores del menor están incurso en un procedimiento de expulsión o si existen casos en que los menores pueden ser internados como medida preventiva previa a la orden de su expulsión del territorio español. En la redacción del artículo 62.3 LO 4/2000 se recoge una exclusión de la posibilidad de acudir al internamiento como medida preventiva, aunque se abre la vía a que en determinadas circunstancias familiares si pueda acudirse a esta medida preventiva, como hemos visto, en aras del interés del menor a la vida en familia.

Si los progenitores de los menores, sus tutores o guardadores son expulsados, cabe plantearse si puede también decretarse la expulsión de un niño extranjero, que no se encuentra en situación de desamparo. Tendrá que buscarse una fórmula a partir de la cual se logre armonizar el derecho del niño a vivir con sus padres y el interés del Estado de no permitir que permanezcan en su territorio personas que no tienen medios de vida. En realidad, tras este debate subyace la tensión entre protección de los derechos del menor, como el propio derecho a su protección y promoción, y los límites a los que debe sujetarse la entrada de extranjeros en nuestro territorio⁹⁷².

2. Procedencia de internamiento en los centros de reforma de menores

Respecto a la posibilidad de que el Juez de Menores autorice que un extranjero menor de edad esté ingresado en un centro de internamiento junto

⁹⁷² ESTEBAN DE LA ROSA, G., (*Inmigrantes menores de edad y su situación jurídica en España: Algunas cuestiones controvertidas*, Diario La Ley núm. 5714, de 7 de febrero de 2003, pág. 6) apunta que es un tema de actualidad y supone plantearse que tras el reconocimiento de determinados derechos a los niños, por el hecho de ser tales, hay que reflexionar paralelamente

con sus padres o tutores, a solicitud de éstos, y previo informe favorable del Ministerio Fiscal, si que es posible en la teoría. Pero, la exigencia de que existan módulos que garanticen la intimidad familiar hace que esta previsión normativa no tenga virtualidad práctica alguna, ante la manifiesta carencia de medios adecuados para ello.

En la actualidad nos encontramos que no existen centros de internamiento de menores extranjeros, sin embargo se podrían utilizar los centros de reforma dependientes de las Comunidades Autónomas (artículo 46.3 LO 5/2000), para asegurar la efectividad de la devolución, retorno o expulsión del extranjero menor de edad; los cuales, además, cumplen con todos los requisitos exigidos para esta clase de establecimientos en la Legislación de Extranjería⁹⁷³.

Para terminar, la práctica de internar a los menores en Centros de Internamiento de Extranjeros, donde ni por sus condiciones, ni por su organización están correctamente atendidos, el Defensor del Pueblo ha recomendado que se estos menores se ingresen en Centros de Acogida del menor, e incluso los Fiscales de Menores han ordenado la inmediata presencia del menor extranjero ante él acordando su ingreso en un centro de protección de menores.

Los centros de reforma de menores carecen de carácter penitenciario, y *“estarán divididos en módulos adecuados a la edad, madurez, necesidades y habilidades sociales de los menores internados y se regirán por una*

acerca de las consecuencias de tal reconocimiento, dado que los niños, en la mayoría de las situaciones, están acompañados por sus progenitores.

⁹⁷³ Recordemos que *“los lugares de internamiento para extranjeros no tendrán carácter penitenciario, y estarán dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios...”* conforme ordena el artículo 60.2 LO 4/2000; y en el mismo sentido se exige para los centros de reforma de menores gestionados por las Comunidades Autónomas (artículo 54 y ss. LO 5/2000 de responsabilidad penal del menor).

normativa de funcionamiento interno cuyo cumplimiento tendrá como finalidad la consecución de los diferentes programas de intervención educativa y las funciones de custodia de los menores internados” (artículo 54.3 LO 5/2000); *“la vida en el centro debe tomar como referencia la vida en libertad, reduciendo al máximo los efectos negativos que el internamiento pueda representar para el menor o su familia, favoreciendo los vínculos sociales, el contacto con familiares y allegados, y la colaboración y participación de las entidades públicas y privadas en el proceso de integración social, especialmente de las más próximas geográfica y culturalmente”* (artículo 55.2 LO 5/2000). Los menores internados tienen derecho a recibir una educación y formación integral en todos los ámbitos, así como al ejercicio de los derechos civiles, políticos, sociales, religiosos y culturales que les correspondan (artículo 56, b, y c, LO 5/2000).

Es cierto que en este punto nos podemos encontrar un conflicto competencial, puesto que la inspección, dirección, coordinación, gestión y control de los centros de internamiento de extranjeros no corresponde a las Comunidades Autónomas, sino al Ministerio del Interior, a través de la Dirección General de Policía (artículo 128 LO 4/2000). Pero hay que tener en cuenta que en los problemas de la inmigración se hallan implicadas todas las Administraciones públicas, y que las Comunidades Autónomas están representadas en el Consejo Superior de Política de Inmigración, que es el órgano encargado de diseñar la política estatal sobre integración social y laboral de los inmigrantes (artículo 68 LO 4/2000).

Finalmente, si un menor extranjero es ingresado en un centro de los previstos en la LO 5/2000, ya sea para el cumplimiento de una medida impuesta en sentencia, ya sea con carácter cautelar, habrá que facilitarse a su

ingreso en el centro información escrita, en un idioma que entienda, sobre sus derechos y obligaciones, el régimen de internamiento en que se encuentran, las cuestiones de organización general, las normas de funcionamiento del centro, las normas disciplinarias y los medios para formular peticiones, quejas o recursos; si tuviere dificultades para comprender esta información escrita, habrá que transmitirla por cualquier otro medio.

CONCLUSIONES

Primera.- En España se están produciendo grandes cambios sociales a consecuencia de la inmigración. Regular el flujo de inmigrantes que entra en nuestro territorio no es sólo una cuestión del legislador español, en ejercicio de su propia soberanía, sino que se debe atender a los compromisos internacionales adquiridos. La actual política migratoria tiene que dar respuesta a los miles de inmigrantes que pretenden entrar en España, con objeto de trabajar y estabilizarse, pero lo hará con base en una política de asilo e inmigración común a los países europeos, que pretende regular la admisión de los nacionales de terceros países, la integración social de los inmigrantes, y al mismo tiempo, la lucha contra la inmigración ilegal.

Los países miembros de la Unión Europea deben ser conscientes de que la regulación de la extranjería, los flujos migratorios y la integración de los nacionales de los terceros países debe ser una política comunitaria prioritaria y no una política de cada uno de los Estados miembros o se debe realizar a través de pactos intergubernamentales, como los acuerdos de Schengen. Con políticas únicamente policiales no se soluciona el problema de la extranjería. El Parlamento Europeo, portavoz y representante de la ciudadanía europea, es quién tiene que forzar a las demás instituciones a crear, desarrollar y vigilar dichas políticas.

Debe plantearse un cambio de perspectiva, una ruptura con las políticas que han configurado la inmigración como un problema de orden público, y debe iniciarse un proceso que llegue a entender la inmigración como un factor de progreso y cambio.

La Constitución Española si bien no contempla directamente el hecho inmigratorio en la magnitud, alcance y extensión que hoy se está

dando, tiene suficientes mecanismos para que los derechos de los inmigrantes sean declarados y garantizados. El artículo 13 CE establece un sistema programático respecto a la legislación general sobre extranjería en España. El sistema adoptado es el principio de “equiparación restringida”, es decir, se declara que los extranjeros tendrán la plena titularidad de los derechos y libertades públicas contemplados en la CE, pero para cuyo goce o ejercicio pueden estar limitados, según señale la propia CE, por la ley y por los tratados. Por el propio mandato constitucional del artículo 13.1 CE en España no puede hablarse de un régimen general de extranjería sino de una heterogénea y dispar suma de regímenes especiales, privilegiados y desfavorecidos, con elementos comunes, resultado de la aplicación de las leyes internas, tratados internacionales y derecho comunitario (ciudadanos de la Unión, apátridas, refugiados, etc.).

Los ciudadanos de la Unión Europea, en virtud del Derecho Comunitario, tienen un *status* de “extranjería privilegiada”, pues gozan entre otros derechos, por ley y normas comunitarias, del derecho al sufragio activo y pasivo en las elecciones municipales y al Parlamento Europeo, libre circulación en España, asistencia consular, etc.

La regulación sobre la extranjería, la emigración o el asilo debe estar presidida por un total respeto a los derechos de la persona y como es obvio, los extranjeros, los inmigrantes, los asilados y los refugiados son evidentemente personas. Estamos obligados constitucionalmente a ello y así lo ha recordado el Tribunal Constitucional (entre otras, Sentencia de 16 de diciembre de 1991).

El concepto de libertades públicas a las que tienen derecho los extranjeros es onmicomprensiva y no se limita al Título I de la CE sino que abarca la totalidad de derechos y libertades públicas contenidas en la CE en

su conjunto, y que no están expresamente circunscritas o limitadas a los españoles.

La legislación española de extranjería, Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, en su redacción originaria, es comprensiva y clara en relación con los derechos políticos de los extranjeros y con su ejercicio, en particular, al establecer como una presunción de su presencia y arraigo en España el hallarse inscrito en el padrón municipal. El arraigo en España se convierte en el punto esencial para probar la presencia en España y obtener la regularización a corto, medio o largo plazo.

La igualdad entre nacionales y extranjeros, proclamada en la ley, es en la práctica más que discutible. Tras la reforma por LO 8/2000, no todos los extranjeros tienen el mismo trato en el orden económico y laboral. Los nacionales de la Unión Europea pueden competir con los españoles en la obtención de un puesto de trabajo sin necesidad de tener que obtener un permiso de trabajo previo. Este requisito resulta indispensable para los extranjeros no comunitarios. Por otra parte, la limitación a los extranjeros residentes de determinados derechos y libertades fundamentales, como son los derechos de reunión, asociación, sindicación y huelga, en la LO 8/2000, pueden ser considerados inconstitucionales. En todo caso, el derecho a la tutela judicial efectiva de Jueces y Tribunales constituye en sí mismo un derecho fundamental del que son titulares tanto los nacionales como los extranjeros, cualquiera que sea su situación y *status*, constituyendo una salvaguarda eficaz de los derechos humanos internacionalmente proclamados.

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y de la totalidad de los Tribunales competentes han propiciado desde 1985 una modulación, acomodación y correcta aplicación de los derechos de los extranjeros e inmigrantes con los postulados y valores que defiende la CE.

Segunda.- El régimen sancionador de extranjería contiene normas de distinta fuente y abarca desde ilícitos penales a ilícitos o infracciones administrativas contenidas en la legislación sobre extranjería, así como la legislación sobre el orden social y laboral. La expulsión del extranjero del territorio nacional constituye la sanción más importante y específica del régimen sancionador, como expresión de la soberanía de un Estado y del ejercicio de las competencias personales que el Estado tiene sobre la población residente en su territorio. La expulsión la llevará a cabo la autoridad gubernativa o, en su caso, y en los supuestos previstos, la autoridad judicial. En la expulsión de un extranjero que esté procesado o inculcado en un proceso penal quién acuerda la expulsión no es el Juez o Tribunal, sino que es la Administración que previamente debe de haber tramitado el correspondiente expediente y dictado en el mismo la oportuna resolución de expulsión. El instrumento legal que fundamenta la expulsión no es un proceso penal sino el acuerdo gubernativo.

En el supuesto de expulsión judicial, previsto en el artículo 89 CP, ésta aparece como sustitución de las penas privativas de libertad inferiores a seis años impuestas a un extranjero no residente legalmente. La reforma introducida por LO 11/2003, de 29 de septiembre, supuso un cambio radical, pasando de ser una opción del Juez a una obligación, suprimiendo la exigencia de audiencia previa al condenado, y exigiendo únicamente la motivación cuando se acuerde el cumplimiento de la pena en España. Esta reforma ya ha sido cuestionada por el Tribunal Supremo (Sentencias de 8 de julio y 28 de octubre de 2004).

A pesar de que la ley determina la ejecutividad inmediata de las órdenes de expulsión tramitadas a través del procedimiento preferente, consideramos que, en méritos a que la expulsión es irreversible y puede

acarrear un daño de difícil o imposible reparación, cabe que un recurso judicial puede suspender su ejecución, si se salvaguarda el interés público.

Es preciso distinguir entre expulsión, devolución y retorno. La expulsión de un extranjero se regula como sanción por la comisión de una infracción grave o muy grave, para lo cual se requiere la instrucción de un expediente administrativo en el que se va a comprobar que se cumplen los supuestos de hecho que dan cobertura a esta medida, en el que se cumplirán los principios de audiencia, legalidad y tipicidad. La expulsión adoptada lleva consigo una consecuencia accesoria, la prohibición de entrada en territorio español.

La devolución y el retorno no son sanciones sino medidas para el restablecimiento inmediato del orden jurídico perturbado que se acuerda por resolución administrativa de la autoridad competente, sin necesidad de incoar expediente de expulsión, y no lleva aparejada la prohibición de futura entrada en el territorio nacional. En concreto, la devolución de los extranjeros se produce cuando éstos pretenden entrar ilegalmente por puesto no habilitado, lo que determinará una devolución a su punto de origen. El retorno de los extranjeros se produce cuando éstos se presentan en un puesto fronterizo y solicitan su entrada en el territorio español, pero lo hacen sin cumplir los requisitos exigidos, por lo que se les deniega la entrada con el rechazo en frontera, retornándolos al país de origen.

Hay que precisar que la devolución, regulada en la LO 4/2000, se puede dar en dos situaciones distintas: Como prohibición de entrada al territorio del que pretende entrar en España por puesto no habilitado, de forma ilegal; y como prohibición de entrada impuesta al extranjero que contraviene la sanción accesoria aparejada a la expulsión del territorio nacional.

Tercera.- El derecho a la libertad es uno de los derechos fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, no sólo por venir recogido expresamente en el artículo 17 CE, sino porque en su artículo 1 se señala a la libertad como uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico. La Jurisprudencia ha venido a reconocer que la libertad puede ser objeto de distintas limitaciones y restricciones que, atendiendo a la naturaleza de cada situación, la ley debe regular las garantías en caso necesarias para garantizar el cumplimiento de los principios establecidos en el artículo 17. El Tribunal Constitucional, en un primer momento (STC 98/1986) consideró que no existían zonas intermedias entre la libertad y la privación de libertad y, por tanto, a toda situación de limitación de este derecho le era aplicable el sistema de garantías previsto en el artículo 17 CE, pero con posterioridad se ha rectificado tal criterio (STC 341/1993) admitiendo zonas intermedias y casos especiales en que se produce privación o restricción de la libertad y, sin embargo, no es aplicable el sistema de garantías previsto en el artículo 17 CE. Con fundamento en esta doctrina puede distinguirse entre restricciones y privaciones de libertad, y dentro de éstas últimas, entre la detención preventiva, a la que habría que aplicarse los apartados 2 y 3 del artículo 17 CE y el resto de supuestos de privación de libertad, distintos a la detención preventiva, a los que no les sería de aplicación las garantías establecidas en el artículo 17, sino los principios que lo informan.

Cuarta.- La detención, en sentido amplio, puede entenderse como toda privación de decidir sobre sus propios movimientos. En sentido estricto, la detención va unida a la naturaleza cautelar o preventiva que ha de tener. La detención preventiva es una medida cautelar personal que se basa en la imputación de una infracción criminal que se puede imponer al

sujeto responsable de la misma. En términos generales, las medidas cautelares van dirigidas a procurar la efectividad de la resolución que en su día ponga fin al procedimiento judicial iniciado.

La detención preventiva, como medida cautelar, tiene las notas generales de tales medidas: instrumentalidad, variabilidad y provisionalidad. En la adopción de las medidas cautelares es necesaria la ponderación de los intereses pretendidos, que son el derecho a la libertad de todo ciudadano y su presunción de inocencia (artículos 17 y 24 CE), y el derecho de la sociedad a mantener el orden y la seguridad.

Distinguimos entre detención que se produce dentro del proceso penal y detenciones especiales que se dan fuera del proceso penal, entre las que se encuentra la detención de extranjeros. Esta detención tiene su fundamento en los tratados internacionales, Convenio Europeo de Derechos Humanos y Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que dan cobertura legal a esta detención, debiendo ser informado el extranjero de los motivos de la detención y de la apertura del expediente administrativo, con asistencia de Letrado.

En la legislación de extranjería se regulan varios supuestos de detención preventiva: 1.º Como consecuencia de la incoación de un procedimiento de expulsión (artículo 61,1,d LO 4/2000); se puede solicitar desde el momento de iniciación de un expediente sancionador en el que se proponga la expulsión del extranjero. La detención se justifica, como medida cautelar, para asegurar el cumplimiento de la resolución final del expediente sancionador.

2.º Otro supuesto de detención se puede dar por incumplimiento de la orden de expulsión; cuando un extranjero deba abandonar el territorio nacional de manera obligatoria, por notificación de su expulsión o por falta

de autorización por autoridad española o de otro Estado de la Unión Europea (artículo 28, 3, b y c, y artículo 64 LO 4/2000).

3.º También se puede proceder a la detención del extranjero en el supuesto de devolución (artículo 58.2 LO 4/2000), de los que, habiendo sido expulsados, contravengan la prohibición de entrada en España, o los que pretendan entrar ilegalmente en el país; o en caso de retorno (artículo 60.1 LO 4/2000) de los extranjeros a los que en frontera no se les permita el ingreso en el país.

En cualquiera de estos supuestos de detención la puesta a disposición judicial se producirá en un plazo no superior a setenta y dos horas.

Al extranjero detenido previamente al retorno, devolución, o en el expediente sancionador de expulsión, se le reconocen en la ley los derechos a ser informado de los motivos de su detención y de los demás que le asisten (artículo 17.3 CE y artículo 520.2 LECRIM), de los recursos y plazos para la impugnación de la resolución, asimismo será asistido de Letrado (artículo 24.2 CE), y de un intérprete, caso de ser necesario (artículo 520.2 LECRIM). Por lo tanto, los derechos de defensa del extranjero están garantizados en la tramitación y ejecución de los procedimientos administrativos.

En definitiva, al extranjero detenido se le aplicará el estatuto jurídico del detenido regulado en la LECRIM, capítulo IV, del Título VI, bajo la rúbrica “Del ejercicio del derecho de defensa, de la asistencia de abogado y del tratamiento de detenidos y presos”. Aún cuando no existen especiales diferencias en los derechos del detenido extranjero, se pueden hacer ciertas prevenciones de manera específica en cuanto al régimen de asistencia jurídica gratuita y el derecho de defensa. Respecto al primero, tras la interpretación constitucional de la STC 95/2003, se reconoce a todos los extranjeros que se hallen en territorio español, ya residan legalmente o no.

En cuanto al derecho de defensa es el de mayor importancia para el detenido, porque la asistencia no se reduce sólo a la defensa por los hechos sino que además sirve para el ejercicio de los demás derechos. En todo caso, el extranjero detenido tiene garantizado el derecho de *Habeas Corpus*.

Además, hay que tener en cuenta, conforme al artículo 520.1 LECRIM, que “*la detención deberá practicarse en la forma que menos perjudique al detenido en su persona, reputación y patrimonio*”. La autoridad gubernativa debe ser consciente de que el extranjero detenido cautelarmente lo es en virtud de una infracción administrativa, no como infractor de una norma penal, y por ello merece un tratamiento escrupuloso, lo que debe traducirse en la separación de los extranjeros de los delincuentes comunes en las dependencias policiales, traslados y conducciones distintas entre delincuentes e infractores administrativos, evitar dificultades para la comunicación con Letrados o familiares, etc.

Quinta.- Entre las medidas denominadas “cautelares” en la LO 4/2000 se encuentra el internamiento de extranjeros, que supone una coerción que afecta a la libertad deambulatoria del mismo; pero, aún a pesar de su denominación, no debemos considerar esta medida como cautelar, sino de carácter preventivo, por lo que sería más correcto denominar estas medidas como “provisionales” (así ocurre en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado).

Dado que a la autoridad administrativa le interesa que la situación de privación de libertad del extranjero se prolongue hasta el momento en que se proceda a ejecutar la orden de expulsión, después de practicar la detención del extranjero, la autoridad administrativa interesará del Juez el internamiento del extranjero, en régimen de privación de libertad

ambulatoria. El internamiento sólo cumple una función, lo que, a veces, se ignora: garantizar una eventual expulsión, de ahí que la ley precisa que el internamiento no se practicará en centro penitenciario.

Podemos definir el internamiento de los extranjeros como la medida preventiva que debe ejecutarse en un centro no penitenciario, y de la que se sirve la Administración para la ejecución de una orden de expulsión. Es un internamiento preventivo previa autorización judicial; se trata, pues, de una medida provisional incardinada en un procedimiento administrativo pero cuya autorización corresponde al Juez.

El internamiento está reconocido por el Convenio Europeo de Derechos Humanos como un supuesto que justifica la privación de libertad de un extranjero cuando éste hubiera entrado ilegalmente en territorio nacional. La doctrina constitucional ha validado el internamiento del extranjero siempre que se ajuste a un esquema garantista (STC 115/1987), destacando los siguientes extremos: a) Que la intervención del Juez de Instrucción que autoriza el internamiento no desvirtúa el carácter administrativo del procedimiento de expulsión; b) Que la resolución ha de ser motivada; c) Que el internamiento lo es por plazo limitado, sin que pueda exceder de 40 días; d) Que el Juez es el garante de la libertad del extranjero desde que éste pasa a disposición judicial, decidiendo el Juez sobre la pérdida o no de libertad.

Sólo la interpretación del internamiento de este modo permite ser respetuoso con el artículo 17.2 CE (por establecer el plazo que este precepto exige), con el artículo 24.2 CE (porque no existe limitación de los derechos de defensa del extranjero ni se impide su intervención en el procedimiento), y con el artículo 25.3 CE (puesto que no es una decisión administrativa, sino judicial, la que permite la pérdida de libertad).

La LO 4/2000 prevé el internamiento de extranjeros para varios supuestos: El internamiento de extranjeros sometidos a expediente de expulsión, para los casos de retorno, devolución y por incumplimiento de la orden de expulsión (artículos 58.5, 60, 62, y 64.1).

El internamiento se realizará en centros no penitenciarios, dotados de servicios sociales, jurídicos, culturales y sanitarios (artículo 60.2 LO 4/2000). El ingreso y estancia en los centros de internamiento tendrá únicamente finalidad preventiva y estará orientada a garantizar la presencia del extranjero durante la sustanciación del expediente administrativo y la ejecución de la medida de expulsión, devolución o retorno. Aún cuando la regulación de estos centros es muy garantista respecto al extranjero, sin embargo, existen inconvenientes para su cumplimiento: La competencia de los centros de internamiento recae en el Ministerio del Interior a través de la Dirección General de la Policía, lo que induce a pensar que los centros están pensados como lugares de seguridad y prevención y no como centros de asistencia e integración social de los inmigrantes. A ello debemos añadir que la dotación económica será la que realmente determine la extensión de los servicios culturales, sociales y sanitarios, debiendo tener en cuenta que en la actualidad son insuficientes en sí mismos los propios Centros para albergar a los extranjeros afectados por una solicitud de internamiento.

Finalmente, el extranjero interno en un Centro de Internamiento adquiere un estatuto jurídico específico, en relación con la Administración, en el que existen derechos y deberes del interno (artículo 62 bis y ter LO 4/2000), del que destaca su sometimiento al poder público ejercido por la Administración, que asume una función preventiva dirigida a la retención y custodia de los extranjeros, mientras se procede a la ejecución de la expulsión.

BIBLIOGRAFÍA

AGUELO NAVARRO, Pascual, y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia, *Addenda a la Ley de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2000.

AGUELO NAVARRO, Pascual, y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia, *Ley de Extranjería*, Colegio de Abogados de Zaragoza, Zaragoza, 2000.

AGUELO NAVARRO, Pascual, y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia, *Normativa comentada sobre Derecho de Extranjería*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

AGUELO NAVARRO, Pascual, y ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia, *Dictamen elaborado por el Colegio de Abogados de Zaragoza*, Zaragoza, 2001.

AJA, Eliseo, (coord.), *La nueva regulación de la inmigración en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

ALARCÓN MOHEDANO, Ignacio, y VIDAL DE MARTÍN, Luis Vidal, *Centros de internamiento de extranjeros*, Revista Otrosí, suplemento 1999, Colegio de Abogados, Madrid.

ALARCÓN MOHEDADO, Pascual, y VIDAL DE MARTÍN, Luis Vidal, *¿La nueva regulación de los centros de internamiento de extranjeros?*, Revista Tapia núm. 106, octubre, 1999.

ALONSO PÉREZ, Francisco, *Régimen jurídico del extranjero en España. Comentarios. Jurisprudencia. Legislación y Formularios*, Madrid, Dykinson, 2ª ed., 1997.

ALONSO PÉREZ, Francisco, *Detención gubernativa de extranjeros*, Diario La Ley, D-306, 1999.

ALONSO PÉREZ, Francisco, *Privaciones de libertad en la legislación de extranjería*, Diario La Ley, núm. 5441, de 17 de diciembre 2001.

ALONSO PÉREZ, Francisco, *Los derechos del imputado no detenido tras la reforma de la Ley 38/2002*, Diario la Ley, núm. 5689.

ALONSO PÉREZ, Francisco, *La medida de internamiento en la nueva legislación de extranjería*, Diario La ley, núm. 5582, de 8 de julio 2002.

ALONSO PÉREZ, Francisco, *Tipificación de las infracciones administrativas en la nueva ley de Extranjería*, Diario La Ley núm. 5498, de 8 de marzo 2002.

ALONSO PÉREZ, Francisco, *Entrada y permanencia en España de ciudadanos de países miembros de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo y de Nacionalidad Suiza: Innovaciones introducidas por el RD 178/2003, de 14 de febrero*, Diario La Ley núm. 5826, de 17 de julio de 2003.

ALONSO PÉREZ, Francisco, *Las medidas de devolución y retorno en la legislación de extranjería: Innovaciones introducidas por la STS de 20 de marzo 2003*, Diario La Ley núm. 5873, de 17 de octubre 2003.

ALONSO PÉREZ, Francisco, *Expulsión administrativa de extranjeros, innovaciones introducidas por las LO 11/2003 y 14/2003, de 20 de noviembre*, Diario La Ley, de 31 de mayo de 2004.

ALONSO PÉREZ, Francisco, *El derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros. Innovaciones introducidas por la LO 14/2003, de 20 de noviembre*, Diario La Ley núm. 6006, de 28 de abril 2004.

ALTÉS MARTÍ, Miguel Ángel, *El extranjero: presunto autor de infracciones penales. La expulsión de imputados. Procedimiento y cuestiones que plantea*, en Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal IV-2002, págs. 139 a 163, CEJAJ, Madrid, 2003.

ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, (coord.), *Comentario sistemático a la Constitución Española de 1978*, Madrid, 1978.

ALZAGA VILLAAMIL, Oscar, *Comentarios a las leyes políticas*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1984.

ANDRÉS SANCHÍS, Elsa, *La entrada ilegal de extranjeros en España y su tipificación como infracción administrativa*, Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana, núm. 4/2003, págs. 41 a 55.

ANGOSTO AGUDO, Rosa María, *La detención policial*, Estudios Jurídicos del Cuerpo de Secretarios Judiciales, II- 1998, CEJAJ, Madrid, 1999, págs. 29 a 72.

ARÁNGUEZ SÁNCHEZ, Carlos, *Las reformas introducidas en el Código Penal por la LO 4/2000*, en “Comentarios a la Ley de Extranjería” (coord. Campo Cabal, Juan Manuel), Madrid, Cívitas, 2001.

ARANGÜENA FANEGO, Coral, *La orden europea de detención y entrega. Análisis de las leyes 3 y 4 de marzo de 2003, de transposición al ordenamiento jurídico español de la Decisión Marco “Euro orden”*, Revista de Derecho Penal 2003, núm. 10, págs. 11 y ss.

ARIAS SENSO, Miguel, *Expulsión de extranjeros condenados: Aproximación crítica y comentario de urgencia a la STS de 8 de julio 2004*, Diario La Ley núm. 6160, de 3 de enero 2005.

ASENSI SABATER, José, (coord.), *Comentarios a la Ley de Extranjería*, (con Beltrán Damián, M.A.), Zaragoza, Edijus-Fundación Alternativas, 2001.

ASENCIO MELLADO, José María, *La prisión provisional*, Madrid, 1987.

ASENCIO MELLADO, José María, *Los presupuestos de la prisión provisional*, en “Seminario sobre detención y prisión provisional”, Santiago de Compostela, Xunta de Galicia, 1996, págs. 99 a 144.

AYA UNSALO, Alfonso, *La nueva regulación de la asistencia letrada al detenido o preso por LO 14/1983*, Revista Vasca de Administración Pública, enero-abril, 1984, págs. 377 a 418.

BANACLOCHE PALAO, Julio, *La libertad personal y sus limitaciones. Detenciones y retenciones en el Derecho Español*, Madrid, Hill Mcgraw, 1996.

BARONA VILAR, Silvia, *Prisión Provisional y medidas alternativas*, Barcelona, Bosch, 1988.

BARONA VILAR, Silvia, *Medidas alternativas a la prisión provisional*, en “Seminario sobre detención y prisión provisional”, Santiago de Compostela, Xunta de Galicia, 1996, págs. 145 a 184.

BARONA VILAR, Silvia, (con Montero Aroca, J., Gómez Colomer, J.L., y Montón Redondo, A.), *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

BELLOCH JULVE, Juan Alberto, *Los derechos de los extranjeros: El internamiento preventivo y su homologación judicial*, en “Jornadas sobre privaciones de libertad y derechos humanos”, Barcelona, edit. Hacer, 1986.

BLANES RODRÍGUEZ, Estrella, *Reflexiones sobre las sanciones a la estancia ilegal y entrada ilegal de los extranjeros*, en “Inmigración y Derecho”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2003.

BORRAJO INIESTA, Ignacio, *El “estatus” constitucional de los extranjeros*, en “Estudios sobre la Constitución Española en homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría”, Madrid, Civitas, 1991, tomo II, págs. 697 a 766.

CACHÓN VILLAR, Pablo, *Los extranjeros: Derechos constitucionales*, en “Derecho Internacional Privado: Trabajadores extranjeros”, Cuadernos de Derecho Judicial, IX-2001, CGPJ, Madrid, 2001, págs. 139 a 206.

CALVO ROJAS, Eduardo, *El procedimiento administrativo sancionador. Especial referencia a las medidas cautelares*, en “Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería”, Cuadernos de Derecho Judicial, VIII-2001, CGPJ, Madrid, 2002, págs. 176 a 212.

CALVO-RUBIO BURGOS, Juan Bautista, *Tratamiento del extranjero ante la Jurisdicción penal: autorización judicial para la expulsión administrativa. La expulsión como sustitutivo penal y como medida de seguridad. Su quebrantamiento*, en Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal II-1999, CEJAJ, Madrid, 1999.

CAMPO CABAL, Juan Manuel, *Comentarios a la Ley de Extranjería*, Madrid, Civitas, 2001.

CARBALLO ARMAS, Pedro, *La progresión de los derechos fundamentales. El caso de la asistencia letrada al detenido en las diligencias policiales*, Revista del Poder Judicial núm. 64, cuarto trimestre, 2001, CGPJ, Madrid. 2002, págs. 15 a 41.

CARRERAS MARAÑA, Juan Miguel, *Efectos del concurso sobre los derechos fundamentales del concursado. Análisis del art. 1 de la LO 8/2003, de 9 de julio*, Estudios de Derecho Judicial núm. 54-2004, CGPJ, 2004, págs. 241 a 300.

CARRIÓ SAMPEDRO, Alberto, *La actitud de la Fiscalía General del Estado ante la protección jurídica del menor extranjero. Consideración crítica de la Instrucción 3/2003*, Diario La Ley núm. 6005, de 23 de abril 2004.

CASAL HERNÁNDEZ, J.M., *Derecho a la libertad personal y diligencias policiales de identificación*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1998.

COLMENERO MENÉNDEZ DE LUARCA, Miguel, *El derecho de defensa, su ejercicio y el derecho de asistencia letrada en el proceso penal*, en Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal I-1994, CEJAJ, Madrid, 1995.

CONDE-PUMPIDO TOURÓN, Cándido, *Tratado práctico de los procesos de extranjería*, Madrid, Bosch, Tomo III, 2000.

CRUZ VILLALÓN, Pedro, *Estados excepcionales y suspensión de garantías*, Madrid, 1984.

CUTILLAS TORN, José María, *Consideraciones sobre el internamiento de presuntos incapaces*, Diario La Ley núm. 1879, de 10 de enero 1988.

DE DIEGO DíEZ, Luis Alfredo, *Habeas Corpus frente a detenciones ilegales*, Madrid, Tecnos, 1997.

DE DIOS MARCER, Jose María, *Extranjería y asistencia jurídica gratuita. La reforma de la Ley de asistencia jurídica gratuita por parte de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*, en Tribunales de Justicia, núm. 6, junio-2001, La Ley, Madrid.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, (con ARAGONESES, Sara; HINOJOSA, Rafael; MUERZA, Julio; TOMÉ, José Antonio), *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1994.

DE LLERA SUÁREZ-BARCENA, Emilio, *El Proceso Penal. Doctrina y Jurisprudencia*, (con Coquillat, Angela; De Diego Díez, Luis Alfredo; Juanes Peces, Angel; coord. Moreno Catena, Víctor), Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.

DE LUCAS MARTÍN, Javier, *Derecho a la asistencia jurídica gratuita y derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los extranjeros*, Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana núm. 7-2004, págs. 117 a 126.

DEL MORAL GARCÍA, Antonio, *La expulsión del extranjero en el proceso penal y Jurisprudencia del TEDH*, en Estudios Jurídicos del

Cuerpo de Secretarios Judiciales II-1999, CEJAJ, Madrid, 1999, págs. 515 a 540.

DEL MORAL GARCÍA, Antonio, *Recursos en la fase de ejecución del proceso penal. Recurribilidad en otras materias propias de la jurisdicción penal*, en “Recursos en el orden jurisdiccional penal”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1995, págs. 439 a 442.

DE OÑA NAVARRO, Juan Manuel, *El derecho de defensa en la fase de instrucción en el proceso penal*, en “Constitución y garantías penales”, Cuadernos de Derecho Judicial XV-2003, CGPJ, Madrid, 2004, págs. 165 a 238.

DEL POZO PÉREZ, Marta, *La orden europea de detención y entrega: Un avance en el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales entre los Estados de la Unión Europea*, Diario La Ley núm. 6164, de 10 de enero de 2005.

DE PRADA SOLAESA, Jorge Ricardo, *La Jurisprudencia de los órganos del Convenio Europeo de Derechos Humanos en relación a los extranjeros*, en “Extranjeros”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994, págs. 436 a 503.

DEL REY GUANTER, S., *Potestad sancionadora de la Administración y Jurisdicción Penal en el orden social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990.

DE LA ROSA CORTINA, José Miguel, *La expulsión de los extranjeros no residentes legalmente condenados a pena privativa de libertad inferior a seis años, tras la LO 11/2003*, Diario La Ley de 17 de junio 2004.

DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo Jesús, *Garantías en la detención y expulsión de extranjeros*, Diario La Ley núm. 4471, de 3 de febrero 1998.

DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo Jesús, *Estatuto jurídico del extranjero sometido a la medida cautelar de internamiento*, en “El extranjero en el

Derecho Penal sustantivo y procesal (adaptado a la LO 4/2000)", Manuales de Formación Continúa núm. 5-1999, CGPJ, Madrid, 2000, págs. 70 a 138.

DEL RÍO FERNÁNDEZ, Lorenzo Jesús, *Detención e internamiento de extranjeros: Estatuto jurídico*, Diario La Ley núms. 5422 y 5423, de 20 y 21 de noviembre 2001.

DÍAZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, *Artículo 24 CE: Garantías procesales*, en "Comentarios a la Constitución Española de 1978" (dir. Alzaga, Oscar), Madrid, Edersa, 1996, Vol. III, 2ª edic.

DÍEZ MORENO, Fernando, *La Constitución Europea: Sus implicaciones en el ordenamiento jurídico español y para el ciudadano europeo*, Diario La Ley núm. 6190, 15 de febrero 2005.

DORADO NOGUERAS, Francisco Miguel, y **RODRÍGUEZ CANDELA**, José Luis, *Las infracciones en materia de extranjería y su régimen sancionador*, en "Comentario sistemático a la Ley de Extranjería" (coord. Moya Escudero, Mercedes), Granada, Comares, 2001.

ESCUÍN PALOP, Vicente, *Régimen jurídico de la entrada y permanencia de extranjeros en España*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

ESPLUGUES MOTA, Carlos, y **DE LORENZO SEGRELLES**, Manuel, *El nuevo régimen de la inmigración en España*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.

ESTEBAN DE LA ROSA, Gloria, *Inmigrantes menores de edad y su situación jurídica en España: Algunas cuestiones controvertidas*, Diario La Ley núm. 5714, de 7 de febrero 2003.

FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, *Protección jurídica del menor inmigrante*, Madrid, 2001.

FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, *Retorno de inmigrantes y emancipación de hecho*, Diario La Ley núm. 5940, de 26 de enero 2004.

FENECH NAVARRO, Miguel, *El Proceso Penal*, Madrid, 1982.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, *Medidas privativas de libertad y restrictivas de la libertad del enfermo mental en el proceso penal*, Diario La Ley 1988-2, págs. 998 y ss.

FERNÁNDEZ ENTRALGO, Jesús, *Seguridad ciudadana. Materiales de reflexión crítica sobre la Ley Corcuera*, Barcelona, Trotta, 1993.

FERNÁNDEZ MONTALVO, Rafael, *Entrada y establecimiento de extranjeros*, en Estudios sobre la Violencia Familiar y Agresiones sexuales, III-2000, CEJAJ, Madrid, 2002, págs. 11 a 44.

FERNÁNDEZ ROZAS, Juan Carlos, *La suspensión de la actividad sancionadora de la Administración en materia de extranjería ante la jurisdicción contencioso-administrativa*, Revista Española de Derecho Internacional, Vol. I, 1998.

FERNÁNDEZ ROZAS, Juan Carlos, *Derecho sancionador de extranjería y protección jurisdiccional de los derechos fundamentales*, en “Extranjería e inmigración en España y la Unión Europea”, Colección Escuela Diplomática núm. 3, 1998.

FERNÁNDEZ VALVERDE, Rafael, *Las garantías jurídicas de los extranjeros*, Revista Poder Judicial núm. 67, tercer trimestre 2002, CGPJ, Madrid.

FERRER PEÑA, Ramón María, *Los derechos de los extranjeros en España*, Madrid, Tecnos, 1999.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Instrucciones, Circulares y Consultas de la Fiscalía General del Estado (2002)*, BIMJ, Ministerio de Justicia, Suplemento al núm. 1935, de 15 de febrero 2003.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Selección de Circulares, Consultas e Instrucciones de la Fiscalía General del Estado (1883-1997)*, BIMJ, suplemento al núm. 1821, de 15 de mayo 1998.

FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO, *Recopilación extractada de las circulares, consultas e instrucciones de la Fiscalía General del Estado (1998-2003)*, Suplemento al núm. 1967, de 15 de junio 2004.

FRAGOSO BRAVO, José María, *Plazo de detención*, Actualidad jurídica Aranzadi, núm. 511, de 6 de diciembre 2001.

FREIXES SANJUÁN, Teresa, *Constitución y derechos fundamentales*, Barcelona, 1992.

FREIXES SANJUÁN, Teresa, *El derecho a la libertad personal*, Barcelona, PPV, 1993.

GÁLVEZ MONTES, Javier, *Artículo 17 CE: Seguridad personal*, en "Comentarios a la Constitución Española de 1978" (dir. Alzaga, Oscar), Tomo III, Madrid, Edersa, 1996.

GARCÍA-PANASCO MORALES, Guillermo, *El extranjero menor de edad*, en Curso de Formación de Secretarios Judiciales IV-2001, CEJAJ, Madrid, 2001, págs. 265 a 280.

GARCÍA MORILLO, Joaquín, *El derecho a la libertad personal (Detención, privación y restricción)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1995.

GARCÍA MORILLO, Joaquín, *El amparo judicial de los derechos fundamentales*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985.

GARCÍA MORILLO, Joaquín, *Derecho Constitucional. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos, Vol. I*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994.

GARZÓN VALDÉS, E., *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993.

GIMENO FELIU, Pilar, *Expulsión de extranjeros del territorio nacional*, Secretaria General Técnica del Ministerio del Interior, Madrid, 1993.

GIMENO SENDRA, Vicente, *La detención gubernativa y la detención judicial*, en “La detención”, Barcelona, Bosch, 1977, págs. 83 a 182.

GIMENO SENDRA, Vicente, *El proceso de “Habeas Corpus”*, Madrid, Tecnos, 2ª edic., 1996.

GIMENO SENDRA, Vicente, *La naturaleza de la defensa penal a la luz de la Constitución Española y el CEDH*, en Diario La ley, 1988.

GIMENO SENDRA, Vicente, *El proceso penal*, (con Conde-Pumpido, Cándido y Garberi Llobregat, José), Barcelona, Bosch, 2000.

GIMENO SENDRA, Vicente, *Lecciones de Derecho Procesal Penal*, (con Moreno Catena V. y Cortés Domínguez V.), Madrid, 2003.

GÓMEZ ALONSO, Julio, *Derechos fundamentales de los extranjeros. Cuestiones actuales*, en Estudios sobre Violencia Familiar III-2000, CEJAJ e Instituto de la Mujer, Madrid, 2000, págs. 103 a 160.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, *Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en el proceso penal*, Madrid, 1990.

GONZÁLEZ MALABIA, Sergio, *Reflexiones sobre los aciertos y desaciertos de la Ley orgánica reguladora del procedimiento de “Habeas Corpus”*, Actualidad Penal núm. 14, 2001.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, 1989.

GRIMÁ LIZANDRA, Vicente, *El derecho de defensa y el derecho de asistencia letrada en las detenciones policiales*, Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana, núm. 13-2005, págs. 25 a 47.

HARO LÓPEZ, María Dolores, *Derecho de extranjería. Detención e internamiento en el proceso de expulsión. La nueva jurisprudencia*, Estudios Jurídicos del Cuerpo de Secretarios Judiciales IV-2001, CEJAJ, Madrid, 2001, págs. 317 a 357.

HEREDIA PUENTE, Mercedes, y FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, *Medidas cautelares en el Derecho de extranjería*, Madrid, Colex, 1997.

HEREDIA PUENTE, Mercedes, y FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, *Problemas y paradojas del Derecho de Extranjería, con especial referencia a los menores extranjeros*, Revista Poder Judicial núm. 39, CGPJ, Madrid, 1995.

HEREDIA PUENTE, Mercedes, y FÁBREGA RUIZ, Cristóbal, *Las privaciones de libertad en el marco de extranjería*, Diario La Ley de 25 de enero 1996.

HERNÁNDEZ GALLEGO, Pedro, *Devolución, retorno y expulsión*, en Estudios Jurídicos del Cuerpo de Secretarios Judiciales IV-2001, CEJAJ, Madrid, 2001, págs. 317 a 357.

HERNÁNDEZ GALLEGO, Pedro, *Los extranjeros y sus derechos. El extranjero irregular*, Estudios Jurídicos del Cuerpo de Secretarios Judiciales VI-2001, CEJAJ, Madrid, 2001, págs. 575 a 636.

HERNANDO GALÁN, Belén, *El extranjero en el sistema penitenciario*, en "El extranjero en el Derecho Penal español sustantivo y procesal (adaptado a la nueva LO 4/2000)", Curso de Formación Continúa núm. 5-1999, CGPJ, Madrid, 1999, págs. 209 a 242.

HERNANDO SANTIAGO, Francisco José, *Extranjeros pero no extraños ante la Justicia*, Discurso pronunciado en el acto de apertura del año judicial 2002, CGPJ, Madrid, 2002.

HERRERO HERRERO, César, *Detención preprocesal y detención funcional-operativa*, BIMJ núm. 1519, de 25 de febrero 1989, págs. 64 y ss.

HOYOS SANCHO, Monserrat de, *La detención por delito*, Pamplona, Aranzadi, 1997.

HUERTA TOCILDO, S., *El derecho fundamental a la legalidad penal*, Revista Española de Derecho Constitucional num. 39, 1993.

JELLINEK, Georg, *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Dormstadt, reimpresión de la 2º edición, 1963.

JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, *La libertad de circulación y residencia de los miembros de la familia de los ciudadanos de la Unión Europea*, en “Extranjería e Inmigración: Aspectos jurídicos y socioeconómicos” (coord. Presno Linera, Miguel Angel), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

JIMENO BULNES, Mar, *La orden europea de detención y entrega: Aspectos procesales*, Diario La ley núm. 5979, de 19 de marzo 2004.

JURADO ROJAS, Doroteo, *Los extranjeros y sus derechos*, Estudios Jurídicos del Cuerpo de Secretarios Judiciales, I-2000, CEJAJ, Madrid, 2000, págs. 113 a 156.

JUANES PECES, Ángel, *Medidas cautelares en el Derecho de extranjería*, en “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, Madrid, 1999, págs. 13 a 66.

LAMARCA PÉREZ, C., *Legalidad penal y reserva de leyes en la Constitución Española*, Revista de Derecho Constitucional núm. 20, 1987.

LASTRA LIENDO, Sebastián, *El extranjero y el Derecho Penal: Seguridad ciudadana*, Estudios Jurídicos del Cuerpo de Secretarios Judiciales IV-2002, CEJAJ, Madrid, 2002, págs. 323 a 365.

LINDE PANIAGUA, Enrique, *Protección de los Derechos Fundamentales y Libertades Públicas en la Constitución Española de 1978*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia núm. 5, 1981.

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

LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI, Miguel, (coord.), *La nueva Ley de Extranjería. Guía práctica y Jurisprudencia*, Madrid, Colex, 2ª edición, 2001.

LÓPEZ JIMÉNEZ, Raquel, *La intervención de abogado defensor en el proceso penal ordinario abreviado y en el enjuiciamiento rápido de delitos a la luz de la Ley 38/2002, de 24 de octubre*, Tribunales de Justicia núm. 4, abril, 2003, La Ley, págs. 1 a 30.

LÓPEZ LÓPEZ, Alberto Manuel, *Expulsión, retorno y devolución de extranjeros menores de edad*, Diario La Ley núm. 6121, de 5 de noviembre de 2004.

LÓPEZ LORENZO, Virtudes, *La suspensión y la sustitución de la pena tras la LO 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal*, Revista de Derecho Penal, Procesal y Penitenciario núm. 9, La Ley, octubre, 2004.

MARCHENA GÓMEZ, Manuel, *Imputación, inculpación y procesamiento*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal I-2002, CEJAJ, Madrid, 2002.

MARTÍN-RETORNILLO, L., y DE OTTO PARDO, I., *Derechos fundamentales y Constitución*, Madrid, 1988.

MARTÍNEZ GALINDO, Gema, *La prisión provisional*, La Ley Penal, núm. 13, Año II-2005.

MASSÓ GARROTE, Marcos Francisco, *El nuevo Reglamento de Extranjería*, Madrid, La Ley, 2001.

MASSÓ GARROTE, Marcos Francisco, *La nueva regulación del derecho de extranjería en la LO 8/2000, de reforma de la LO 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España*, Actualidad Administrativa núm. 11, marzo 2001.

MASSÓ GARROTE, Marcos Francisco, *Nuevo régimen de extranjería. Comentarios, Procedimientos, Formularios y modelos de la LO 4/2000 de Extranjería tras la reforma de la LO 8/2000*, Madrid, La Ley, 2001.

MATEO DÍAZ, José, *El procedimiento de expulsión de extranjeros. Problemática actual y perspectivas de futuro*, Estudios sobre la Violencia Familiar, III-2000, CEJAJ e Instituto de la Mujer, Madrid, 2000, págs. 45 a 60.

MIQUEL CALATAYUD, José Antonio, *Estudios sobre Extranjería*, Zaragoza, 1987.

MIQUEL CALATAYUD, José Antonio, *Consideraciones sobre el derecho administrativo sancionador operativo en el foro de Extranjería*, en “Extranjeros”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994, págs. 263 a 437.

MOLINA NAVARRETE, Cristóbal, y MONEREO PÉREZ, José Luis (coord.), *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería e Integración social*, Granada, Comares, 2001.

MONTERO AROCA, Juan, *Principios del proceso penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997.

MONTERO AROCA, Juan, (con Gómez Colomer, J.L., Montón Redondo, A., y Barona Vilar, S.), *Derecho Jurisdiccional III. Proceso Penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

MORENO CATENA, Victor, *La prisión provisional en el Derecho español*, en “La reforma penal y penitenciaria”, Santiago de Compostela, 1980, págs. 339 a 431.

MORENO CATENA, Victor, *La defensa en el proceso penal*, Madrid, 1982.

MORENO CATENA, Victor, *Algunos problemas del derecho de defensa. La reforma del proceso penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1989.

MORENO CATENA, Victor, *Algunos problemas del derecho de defensa*, Revista Justicia 90, núm. III, págs. 561 a 579.

MORENO CATENA, Victor, *Garantía de los derechos fundamentales en la investigación penal*, Revista Poder Judicial, número especial II: "Justicia Penal", CGPJ, Madrid, 1988, págs. 131 a 172.

MORENO CATENA, Victor, *El derecho de defensa en las diligencias realizadas por el Ministerio Fiscal*, en Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal VI- 1997, CEJAJ, Madrid, 1997.

MORENO CATENA, Victor, *El proceso penal. Doctrina y Jurisprudencia y formularios, Vol. II*, (con Coquillat Vicente, Angela; De Diego Díez, Luis; Juanes Peces, Angel; y De Llera Suarez-Barcelona, Emilio), Valencia, Tirant lo Blanch, 2000.

MODERNE, F., *Los derechos fundamentales de los extranjeros en Francia*, en "Ciudadanía y Extranjería: Derecho nacional y Derecho comparado", Madrid, 1998.

MOYA ESCUDERO, Mercedes, *La expulsión de extranjeros del territorio nacional: dudosa garantía de los derechos fundamentales*, Diario La Ley núm. 1370, de 17 de enero 1986.

MOYA ESCUDERO, Mercedes, (coord.) *Comentario sistemático a la Ley de Extranjería*, (con Gómez Orea, M., y Pérez Villalobos, M.C.), Granada, Comares, 2001.

MURILLAS ESCUDERO, Juan Manuel, *Aspectos jurídicos de protección al menor inmigrante*, Diario La Ley núm. 5605, de 5 de septiembre 2002.

NARVÁEZ RODRÍGUEZ, Antonio, *El derecho de defensa*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal V-1994, CEJAJ, Madrid, 1994.

NAVARRO CARDOSO, Fernando, *Infracción administrativa y delito: Límites a la intervención del Derecho Penal*, Madrid, Colex.

NIETO GARCÍA, Alejandro, *Derecho administrativo sancionador*, Madrid, 1994.

NIETO MARTÍN, Fernando, *Procedimiento preferente de expulsión de extranjeros. Derechos de audiencia y tutela cautelar*, Revista de Jueces para la Democracia núm. 41, julio 2001, págs. 23 a 28.

NIETO PALOMO, Antonio, *La expulsión de extranjeros: sus garantías en el Derecho Español*, Documentación Administrativa núm. 193, enero-marzo 1982, págs. 140 a 186.

ONTIVEROS VALERA, F., *El extranjero autor de infracciones penales*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal, IV-2002, CEJAJ, Madrid, págs. 271 a 310.

ORAÁ ORAÁ, J., *Extradiciones y expulsiones de extranjeros y el CEDH. Jurisprudencia de los órganos de Estrasburgo*, en “La Jurisprudencia del TEDH”, Cuadernos de Derecho Judicial núm. 11, 1993.

ORDOÑEZ SOLÍS, David, *Los nacionales no comunitarios en el espacio de libertad, seguridad y justicia de la Unión Europea*, BIMJ, febrero, 2005, págs. 441 a 476.

ORTEGA BENITO, Victoria, y **PEDRAZ PENALVA, Ernesto**, *El principio de proporcionalidad y su configuración en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Revista del Poder Judicial núm. 17, 1990.

ORTELLS RAMOS, Manuel, *Para una sistematización de las medidas cautelares en el proceso penal*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, mayo, 1978, págs. 439 a 489.

ORTELLS RAMOS, Manuel, *Detención, retención y Habeas Corpus*, en “Seminario sobre detención y prisión provisional”, Santiago de Compostela, Xunta de Galicia, 1996, págs. 75 a 98.

ORTELLS RAMOS, Manuel, *Criterios para la actuación del abogado del imputado en las etapas previas al juicio oral del Procedimiento Abreviado y del Procedimiento de enjuiciamiento rápido*, Consejo Valenciano del Colegio de Abogados, Valencia, 2003.

PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Tratado de extranjería (aspectos civiles, penales, administrativos y sociales)*, Pamplona, Aranzadi, 2004.

PALOMAR OLMEDA, Alberto, *Los derechos de los extranjeros: Un filón para la Jurisprudencia*, Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 637, de 23 de septiembre de 2004.

PALOMO DEL ARCO, Andrés, *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, en “El extranjero en el Derecho Penal español sustantivo y procesal (Adaptado a la LO 4/2000)”, Manuales de Formación Continuada 5-1999, CGPJ, Madrid, 1999, págs. 139 a 205.

PALOMO DEL ARCO, Andrés, *Criminalidad organizada e inmigración ilegal*, en “La criminalidad organizada. Aspectos sustantivos, procesales y orgánicos”, Cuadernos de Derecho Judicial II-2001, CGPJ, Madrid, 2001, págs. 169 a 214.

PAREJO ALONSO, Luciano, *El contenido esencial de los derechos fundamentales en la justicia constitucional*, Revista Española de Derecho Constitucional núm. 3, 1981, págs. 169 y ss.

PAZ RUBIO, José María, *Sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional*, La Ley Penal núm. 10, noviembre de 2004.

PAZ RUBIO, José María, *Expulsión de extranjeros*, en “Extranjeros y Derecho Penal”, Cuadernos de Derecho Judicial IV-2003, CGPJ, Madrid, 2004, págs. 78 a 203.

PECES MORATE, Jesús Ernesto, *Garantías jurisdiccionales para los extranjeros. Medidas cautelares en el proceso*”, en Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería, Cuadernos de Derecho Judicial VIII-2001, CGPJ, Madrid, 2002, págs. 215 a 257.

PECES MORATE, Jesús Ernesto, *Las declaraciones de derechos y su efectividad respecto de los inmigrantes*, en “Inmigración y Derecho”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2003.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *Principio de proporcionalidad y principio de oportunidad*, en “Constitución, Jurisdicción y Proceso”, Madrid. 1990.

PEDRAZ PENALVA, Ernesto, *El derecho a la libertad y seguridad (Art. 5 CEDH)*, en “Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Madrid, 1993.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 1984.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Los derechos fundamentales*. Madrid, 1995.

PÉREZ PÉREZ, Juan Javier, *La expulsión del extranjero en el Derecho Penal*, en “Extranjeros”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994, págs. 507 a 529.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *El delito de práctica ilegal de detención por funcionario público*, Madrid, Edersa, 1990.

PORTILLA CONTRERAS, Guillermo, *Seguridad ciudadana: Materiales de reflexión crítica sobre la Ley Corcuera*, Madrid, 1993.

PORRES ORTÍZ DE URBINA, Eduardo de, *Medidas cautelares personales*, en Estudios Jurídicos de Secretarios Judiciales II-1998, CEJAJ, Madrid, 1998.

PORRES ORTIZ DE URBINA, Eduardo de, *La expulsión de extranjeros en el proceso penal*, en Estudios Jurídicos del cuerpo de Secretarios Judiciales IV-2001, CEJAJ, Madrid, 2002, págs. 359 a 385.

PRESNO LINERA, Miguel Ángel, *Extranjeros e inmigración: Aspectos jurídicos y socioeconómicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

PRIETO SANCHÍS, Luis, *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid, Debate, 1990.

PUERTA ROMÁN, Luis-Román, *Duplicidad sancionadora administrativa y penal "non bis in idem"*, en "Extranjeros y Derecho Penal", Cuadernos de Derecho Judicial IV-2003, CGPJ, Madrid, 2004, págs. 37 a 65.

RELAÑO PASTOR, Eugenia, *¿Sancionar al inmigrante o proteger las fronteras? Un análisis crítico de la Ley de Extranjería 14/2003, de 20 de noviembre y la política de inmigración común de la Unión Europea*, Diario La Ley núm. 6017 y 6018, de 13 y 14 de mayo 2004.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Libertad, detención y prisión preventiva*, en "Los derechos fundamentales y libertades públicas (I)", Jornadas de estudio de la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado, Madrid, 1992, págs. 409- 431.

RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *La detención*, Madrid, 1987.

RODRÍGUEZ BENOT, Andres, y HORNERO MÉNDEZ, César, *El nuevo derecho de extranjería*, Granada, Comares, 2001.

ROJO TORRECILLA, Eduardo, *El fenómeno de la inmigración*, en Estudios Jurídicos del Cuerpo de Secretarios Judiciales IV-2002, CEJAJ, Madrid, 2002, págs. 407 a 467.

RUBIO LORENTE, Francisco, *Derechos fundamentales y principios constitucionales*, Barcelona, 1995.

RUIZ-GIMÉNEZ CORTES, Joaquín, *Derechos fundamentales de la persona. Comentarios al art. 10 CE*, en “Comentarios a la leyes políticas II” (dir. Alzaga, Oscar), Madrid, 1984.

SÁEZ VALCÁRCCEL, Ramón, *La libertad del inmigrante: Un derecho inviolable*, en Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1996, págs. 227 a 274.

SAGARRA TRÍAS, Eduardo, *Los derechos fundamentales y las libertades públicas de los extranjeros en España*, Barcelona, Bosch, 1991.

SAGARRA TRÍAS, Eduardo, *El derecho de asilo y la condición de refugiado en España*, en “Extranjeros”, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1994.

SAGARRA TRÍAS, Eduardo, *La legislación sobre extranjería e inmigración: Una lectura*, Barcelona, Universitat de Barcelona, 2002.

SALIDO VALLE, Carlos, *La detención del menor de edad penal*, En Revista Justicia 90, núm. 1.

SALIDO VALLE, Carlos, *La detención policial*, Barcelona, Bosch, 1997.

SALINAS MOLINA, Fernando, *El régimen de extranjería: Principios básicos de su normativa orgánica*, en “Derecho internacional privado. Trabajadores extranjeros”, Cuadernos de Derecho Judicial IX-2001, CGPJ, Madrid, 2002, págs. 71 a 132.

SANTOLAYA MACHETTI, Pablo, *Comentarios a la nueva Ley de extranjería*, (coord.), Valladolid, Lex Nova, 2000.

SERRANO ALBERCA, José Manuel, *Comentarios al art. 17 CE*, en Comentarios a la Constitución (dir. Garrido Falla), Madrid, Civitas, 1985.

SERRANO BUTRAGUEÑO, Ignacio, *El derecho de defensa en el nuevo marco normativo*, en “Práctica de los juicios rápidos”, Madrid, SEPIN, 2003.

SOLANS PUYUELO, Francisco, *El régimen sancionador de extranjería tras la contrarreforma de la LO 8/2000*, en Revista de Extranjería núm. 7.

SOLDADO GUTIERREZ, J., *El derecho del detenido a la asistencia letrada*, en Revista Justicia 89, núm. III, págs. 597 a 630.

SOLOZÁBAL ECHEVARRÍA, Juan José, *Algunas cuestiones básicas de la teoría de los derechos fundamentales*, Revista de Estudios Políticos núm. 71, 1991, págs. 87 y ss.

SORIANO, Ramón, *El derecho de “habeas corpus”*, Congreso de los Diputados, Monografías núm. 6, Madrid, 1980.

THOMAS ANDREU, Gerardo, *La intervención del Juez Penal en el internamiento preventivo de extranjero. La autorización judicial para expulsar extranjeros encartados en determinados delitos y la expulsión como sustitutiva en cumplimiento de penas impuestas en sentencia*, en “Extranjeros”, Cuadernos de Derecho Judicial núm. 37, CGPJ, Madrid, 1994, págs. 73 a 98.

TOLOSA TRIBIÑO, César, *La entrada ilegal en España: Su tratamiento jurídico tras el Reglamento de la Ley de Extranjería*, en Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 512, de 13 de diciembre 2001.

TORRES DEL MORAL, Antonio, *Principios de Derecho Constitucional español*, 3ª edic., Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1992.

TORRES-DULCE LIFANTE, Eduardo, *La libertad, detención, prisión y “Habeas Corpus” en la doctrina del Tribunal Constitucional*, en Seminario sobre “Detención y Prisión Provisional”, Santiago de Compostela, Xunta de Galicia, 1995, págs. 235 a 294.

VARONA MARTÍNEZ, G., *La inmigración irregular. Derechos y deberes humanos*, Vitoria, Ararteko, 1994.

VIDAL FUEYO, Camino, *La nueva Ley de Extranjería a la luz del texto constitucional*, Revista Española de Derecho Constitucional núm. 62, mayo-agosto 2001, Madrid.

VILA LOZANO, Jorge, *La nueva regulación de extranjería en España: tratamiento legislativo, cuestiones sustantivo-procesales y propuestas de futuro*, en Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 538, de 27 de junio 2002.

VILLALÓN CABALLERO, Cristóbal, *El régimen jurídico de los extranjeros en la Ley sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social*, en Revista Secretarios Judiciales núm. 39, junio, 2001.

VILLAVERDE MENÉNDEZ, Ignacio, *Régimen jurídico-constitucional de la detención e internamiento de los extranjeros con ocasión de su expulsión del Estado*, en "Extranjeros e inmigración: Aspectos jurídicos y socioeconómicos" (coord. Presno Linera, Miguel Angel), Valencia, Tirant lo Blanch, 2004.

VV.AA., *Extranjeros*, Cuadernos de Derecho Judicial núm, 37, CGPJ, Madrid, 1994.

VV.AA., *El extranjero en el Derecho penal español sustantivo y procesal (Adaptado a la nueva LO 4/2000)*, Manual de Formación continuada núm. 5-1999, CGPJ, Madrid, 2000.

VV.AA., *Derecho de extranjería. Problemática de la mujer extranjera en España*, en Estudios sobre la Violencia Familiar y Agresiones Sexuales III-2000, (dir. Ortega Escandell, Ana María), CEJAJ e Instituto de la Mujer, Madrid, 2000.

VV.AA., *Derecho internacional privado. Trabajadores extranjeros. Aspectos sindicales, laborales y de seguridad social*, Cuadernos de

Derecho Judicial IX-2001, (dir. Salinas Molina, Fernando), CGPJ, Madrid, 2001.

VV.AA., *Reflexiones sobre la nueva Ley de Extranjería*, Cuadernos de Derecho Judicial VIII-2001, (dir. Álvarez-Cienfuegos Suárez, Jose M^a.), CGPJ, Madrid, 2001.

VV.AA., *El extranjero: Su situación en el ordenamiento jurídico español*, Estudios Jurídicos de Secretarios Judiciales IV-2001, (dir. Hernández Gallego, Pedro José), CEJAJ, Madrid, 2001.

VV.AA., *Extranjeros*, Estudios Jurídicos del Ministerio Fiscal IV-2002, (dir. De Oña Navarro, Juan Manuel), CEJAJ, Madrid, 2002.

VV.AA., *Extranjería e inmigración*, Estudios Jurídicos de Secretarios Judiciales, IV-2002, (dir. Virgos Saínz, Carmen), CEJAJ, Madrid, 2002.

VV.AA., *Extranjeros y Derecho Penal*, Cuadernos de Derecho Judicial IV-2003, (dir. Martín Pallín, José Antonio), CGPJ, Madrid, 2004.

VV.AA., *Inmigración y Derecho*, Cuadernos y Estudios de Derecho Judicial, (dir. Peces Morate, Jesús Ernesto), CGPJ, Madrid, 2003.

VV.AA., *Constitución y Garantías Penales*, Cuadernos de Derecho Judicial XV-2003, (dir. Colmenero Menéndez de Luarca, Miguel), CGPJ, Madrid, 2004.

VV.AA., *Informes del Consejo General del Poder Judicial sobre las Reformas Penales*, en Estudios, Informes y dictámenes, CGPJ, Madrid, 2003.

YARYA SANZ, José Francisco, *El procedimiento de "Habeas Corpus"*. Aproximación a su realidad a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, en Estudios Jurídicos del Cuerpo de Secretarios Judiciales VI-2001, CEJAJ, Madrid, 2001, págs. 637 a 676.